



PERSPECTIVAS JURÍDICAS

**ESTUDOS EM HOMENAGEM AOS
30 ANOS DE MAGISTÉRIO DE
FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO**

Organizadores:

Adriana Pereira Campos

Flávio Cheim Jorge

Gilberto Fachetti Silvestre

Jader Ferreira Guimarães

1991 - 2021

Organizadores:

Adriana Pereira Campos

Flávio Cheim Jorge

Gilberto Fachetti Silvestre

Jader Ferreira Guimarães

Perspectivas jurídicas

*Estudos em homenagem aos
30 anos de magistério de
Francisco Vieira Lima Neto*

1991 – 2021

Edição dos Organizadores

2021

Perspectivas jurídicas

Estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto

1991 – 2021

Organizadores:

Adriana Pereira Campos
Flávio Cheim Jorge
Gilberto Fachetti Silvestre
Jader Ferreira Guimarães

Participações:

Adib Pereira Netto Salim	Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues
Adriana Pereira Campos	Gustavo Tepedino
Anderson Sant'Ana Pedra	Hiasmine Santiago
Anderson Schreiber	Iago Abdalla Fantin
Anselmo Luiz Bacelar Junior	Igor Gava Mareto Calil
Augusto Passamani Bufulin	Jader Ferreira Guimarães
Brigida Roldi Passamani	José Eduardo Faria
Bruna Figueira Marchiori	Júlio César Pompeu
Carlos André Luís Araújo	Karoline Tavares Vitali
Cláudio Jannotti da Rocha	Lucas Abreu Barroso
Claudio Madureira	Marcelo Abelha Rodrigues
Clivia Marcolongo Pereira Guzansky	Márcio Cammarosano
Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira	Mariana Fernandes Beliqui
Eduardo Silva Bitti	Nathália Canedo Rocha
Evandro de Castro Bastos	Paulo Sérgio de Paula Vargas
Fabio Paulo Reis de Santana	Rebecca Oliveira Dias
Felipe Sardenberg Três Henriques	Renan Sena Silva
Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli	Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor	Rodrigo Mazzei
Flávio Cheim Jorge	Sandro Bortoluzzi Lamêgo Rodrigues
Flávio Henrique Unes Pereira	Thaís Borges da Silva
Francelle Barcelos	Thais Milani Del Pupo
Francisco Amaral	Thiago Ferreira Siqueira
Gabriel Pereira Garcia	Tiago Aguiar Vilarinho
Gabriela Azeredo Gusella	Tiago Figueiredo Gonçalves
Geovany Cardoso Jevaux	Tiago Loss Ferreira
Gilberto Fachetti Silvestre	Trícia Navarro Xavier Cabral
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka	Valesca Raizer Borges Moschen

ISBN: 978-65-00-28577-2

Título: Perspectivas jurídicas

Subtítulo: Estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto

Formato: Livro Digital

Capa: Canva

Veiculação: Digital

Vitoria – ES – 2021

CAMPOS, Adriana Pereira; JORGE, Flávio Cheim; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GUIMARÃES, Jader Ferreira (Orgs.). **Perspectivas jurídicas: estudos em homenagem aos 30 anos de magistério de Francisco Vieira Lima Neto**. Vitória: Edição dos Organizadores, 2021, 665p. ISBN: 978-65-00-28577-2.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Perspectivas jurídicas [livro eletrônico] :
estudos em homenagem aos 30 anos de magistério
de Francisco Vieira Lima Neto : 1991-2021 /
organização Adriana Pereira Campos ...[et al.]. --
Vitória, ES : Gilberto Fachetti Silvestre, 2021.
ePub

Outros organizadores : Flávio Cheim Jorge,
Gilberto Fachetti Silvestre, Jader Ferreira
Guimarães.

Vários autores.
ISBN 978-65-00-28577-2

1. Direito civil 2. Lima Neto, Francisco Vieira
I. Jorge, Flávio Cheim. II. Silvestre, Gilberto
Fachetti. III. Guimarães, Jader Ferreira.

21-76724

CDU-34(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito : Estudos em homenagem 34(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

ISBN: 978-65-00-28577-2



Francisco Vieira Lima Neto



Desde 18 de agosto de 1991, é professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Em 2019, alcança o nível de Professor Titular, último da Carreira Docente Federal.

É Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2003), Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1997) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1986).

É Procurador Federal desde 1994, tendo atuado como Procurador representando o INSS. A partir de 2005 exerce a função de Procurador Geral da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Foi o idealizador do Mestrado em Direito da UFES e seu primeiro Coordenador (2006 a 2008).

Sumário

Apresentação

Adriana Pereira Campos	
Flávio Cheim Jorge	
Gilberto Fachetti Silvestre	
Jader Ferreira Guimarães.....	11

Prefácio

Paulo Sérgio de Paula Vargas.....	12
-----------------------------------	----

DEPOIMENTOS

Maria Laura Prata Vieira Lima.....	17
Thaís Prata da Silva.....	18
Reinaldo Centuducatte.....	20
Odilon Borges Jr.....	22
Adib Salim.....	23
Cláudio Madureira.....	24
Valesca Raizer Borges Moschen.....	29
Francelle Barcelos.....	31
Ingrid Kandler.....	32
João Baptista Herkenhoff.....	35
Leide Maria Gonçalves Santos.....	36
Paulo Vinicius Almeida.....	38
Vandré Toffoli.....	40
Celia Regina Coutinho da Cruz Fanzeres.....	41
Mariana Frizzera.....	42
Gilberto Fachetti Silvestre.....	43
Santuzza da Costa Pereira.....	44

ARTIGOS

Novas entidades familiares: doutrina e jurisprudência Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.....	46
O Direito Civil na pós-modernidade Francisco Amaral.....	59
Perspectivas atuais do Direito Civil na legalidade constitucional Gustavo Tepedino.....	75
Direitos e princípios constitucionais em tempos de pandemia José Eduardo Faria.....	92
O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética no Brasil: uma homenagem a Francisco Vieira Lima Neto Anderson Schreiber.....	95
Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ – O esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10 Márcio Cammarosano Flávio Henrique Unes Pereira.....	115
A prescrição no processo administrativo disciplinar e a sua relação com os demais sistemas de responsabilização Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli Fabio Paulo Reis de Santana.....	130
Alteração contratual em tempos de crise: standards para a disrupção com o procedimento administrativo da normalidade Anderson Sant’Ana Pedra Jader Ferreira Guimarães.....	147
Mediação e conciliação judiciais em conflitos empresariais Trícia Navarro Xavier Cabral Hiasmine Santiago Renan Sena Silva.....	169

Aspectos processuais do direito à revisão judicial do aluguel	
Augusto Passamani Bufulin	
Tiago Aguiar Vilarinho.....	199
Autocomposição e ferramentas jurídicas	
Claudio Madureira	
Carlos André Luís Araújo	
Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor.....	211
O trabalho intermitente pelo mundo e a legislação brasileira	
Adib Pereira Netto Salim.....	238
A universalização das decisões dos tribunais superiores brasileiros na aplicação do Direito do Consumidor aos contratos bancários	
Francisco Vieira Lima Neto	
Valesca Raizer Borges Moschen.....	257
A atuação judicial do ministério público do trabalho na proteção dos trabalhadores do setor de saúde em face do coronavírus (Covid-19): a ação civil pública como instrumento efetivo de defesa do meio ambiente laboral dos serviços de saúde	
Cláudio Jannotti da Rocha	
Thaís Borges da Silva.....	277
Procedimento revisional por superendividamento e o papel do administrador judicial	
Eduardo Silva Bitti.....	292
Da penhora de créditos no CPC	
Marcelo Abelha Rodrigues.....	311
Algumas notas sobre a sonegação de bens como hipótese de remoção do inventariante	
Rodrigo Mazzei.....	328
Julgamento do mérito do recurso desprovido de requisito de admissibilidade	
Tiago Figueiredo Gonçalves.....	342
A Parte Geral do Código Civil: importância, função e estrutura normativa	
Gilberto Fachetti Silvestre.....	362

Acesso à justiça em procedimentos administrativos de ilícitos de trânsito Geovany Cardoso Jeveaux.....	368
A cultura da violência difusa, análise do comportamento e efeito lucifer: O que leva à prática da sanção difusa em detrimento da sanção jurídica? Ricardo Gueiros Bernardes Dias Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira Rebecca Oliveira Dias Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues Igor Gava Mareto Calil.....	381
A ação de alteração de regime de bens do casamento no Código de Processo Civil (art. 734) Francisco Vieira Lima Neto Gilberto Fachetti Silvestre.....	397
Da ação ressarcitória: considerações sobre o direito de reembolso diante o inadimplemento do dever alimentar por parte de um dos genitores e o suprimento integral deste dever pelo outro Francisco Vieira Lima Neto Francelle Barcelos.....	416
Ação monitória fundada em duplicata ou em triplicata sem aceite: análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Thiago Ferreira Siqueira.....	433
Consequências metodológicas da mudança paradigmática do Direito: o lógico, o racional e o razoável na fundamentação dos princípios Júlio César Pompeu.....	446
Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 e o Processo Penal: Breve análise quanto à possibilidade da aplicação ao Processo Penal das normas fundamentais presentes no Código de Processo Civil Ricardo Gueiros Bernardes Dias Francelle Barcelos Clivia Marcolongo Pereira Guzansky.....	473

O apoio de pessoas com deficiência no Brasil e na Argentina: análise comparativa

Gabriela Azeredo Gusella

Bruna Figueira Marchiori

Gilberto Fachetti Silvestre.....499

Tutela da integridade física e da liberdade religiosa: direito à vida e ao corpo. Doação e transplante de órgãos

Gabriel Pereira Garcia.....515

Análise da medida cautelar de indisponibilidade de bens à luz da jurisprudência brasileira

Thais Milani Del Pupo.....547

O novo paradigma da boa-fé processual: análise dos critérios de aferição da litigância de má-fé

Gabriela Azeredo Gusella

Iago Abdalla Fantin

Nathália Canedo Rocha.....566

As criptomoedas no contexto da atividade jurisdicional executiva: desafios e soluções

Anselmo Luiz Bacelar Junior

Bruna Figueira Marchiori.....582

Releitura do procedimento especial do Mandado de Segurança a partir do CPC/15: possibilidade de aplicação da tutela de evidência decorrente do trânsito de técnicas processuais

Sandro Bortoluzzi Madeira Lamêgo Rodrigues.....596

Breves apontamentos terminológicos sobre o efeito devolutivo

Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues.....608

A responsabilidade civil dos hospitais, das operadoras de planos de saúde e do estado pela falta de leitos na pandemia da Covid-19

Igor Gava Mareto Calil.....621

Apontamentos sobre a responsabilidade civil: o dano, os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, e o entendimento dos Tribunais acerca de danos nas relações familiares

Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques

Tiago Loss Ferreira.....631

O terceiro de boa-fé diante do cancelamento do título de propriedade no direito brasileiro

Lucas Abreu Barroso

Karoline Tavares Vitali

Brigida Roldi Passamani.....643

O princípio da congruência e as decisões extra petita nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa

Mariana Fernandes Beliqui

Flávio Cheim Jorge.....654

Os cargos em comissão e as funções de confiança

Evandro de Castro Bastos.....662

Apresentação

Esta é uma singela homenagem a quem tanto fez pelo ensino superior público na área do Direito. O trabalho de Francisco Vieira Lima Neto não foi só para a manutenção do ensino, mas — também e principalmente — para a qualidade do ensino jurídico público superior no Estado do Espírito Santo.

Obviamente, todos aqui fazemos uma homenagem à pessoa do Prof. Francisco. Mas, antes disso, é também uma homenagem ao profissional Prof. Francisco. Ele foi o idealizador do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), o “pai fundador”, junto a outros professores. Trata-se do primeiro e único curso público de Mestrado em Direito do Estado do Espírito Santo. À época da implantação do Mestrado, em 2006, nosso Mestrado em Direito era um dos poucos da região Sudeste do País que eram públicos. Naquela época, somente a UFMG e a UFRJ eram as universidades federais que ofereciam um curso de pós-graduação *stricto sensu* na área.

Para que nossa UFES fosse protagonista na expansão da pós-graduação *stricto sensu* na região Sudeste, o Prof. Francisco “sangrou” e ainda “sangra” até hoje. Mas, tudo bem, pois o que importa é o legado que ele deixa: um Mestrado onde bacharéis recém-formados, magistrados, procuradores da República, promotores de justiça, advogados e tantos outros operadores do Direito puderam aperfeiçoar seu conhecimento e, conseqüentemente, sua atuação profissional.

É esse profissional que aqui é homenageado: um professor preocupado com o interesse e o ensino públicos e que mudou o ensino superior capixaba (observe que é o “capixaba”, e não o da UFES, apenas). É esse o Prof. Francisco que entra para a história: um visionário, um idealizador, alguém que se dedicou para que tantos pudessem se beneficiar.

Prof. Francisco, você mais que cumpriu seu dever como servidor público e como professor; você contribuiu para o desenvolvimento do Estado do Espírito Santo. E é isso o que importa! Bacharéis, magistrados, procuradores da República, promotores de justiça e advogados têm uma dívida contigo, a qual jamais será paga. Que venham os próximos 30 anos! Sua missão está sendo cumprida. E aqui dizemos: tenha a consciência tranquila e o orgulho de quem fez mais do que deveria.

Vitória-ES, 18 de agosto de 2021.

**Adriana Pereira Campos
Flávio Cheim Jorge
Gilberto Fachetti Silvestre
Jader Ferreira Guimarães**

Prefácio

Todas as homenagens ao professor Francisco Vieira Lima Neto, do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), são dignas de merecimento, neste momento especial em que ele completa 30 anos de exercício da docência na instituição. São três décadas de intensa, vigorosa e vibrante dedicação à educação superior no Espírito Santo, notadamente na formação jurídica. A trajetória de Francisco, marcada por múltiplas atividades acadêmicas e administrativas, orgulha a comunidade universitária e, especialmente, a todos que atuam na área do Direito. Como pesquisador das ciências jurídicas, Francisco possui trabalhos que são referências no contexto nacional e, na função de procurador federal, apresenta contribuições indispensáveis à administração pública.

A celebração desse vitorioso percurso se torna necessária pelos exemplos e lições que ele contém.

Em 18 de agosto de 1991, Francisco Vieira Lima Neto ingressava no quadro permanente da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como professor do Departamento de Direito.

Antes disso, porém, Francisco teve uma passagem na mesma universidade como estudante do Curso de Direito, no período de 1982 a 1986. Desde esta época, Francisco já era idealista do ensino superior capixaba, tendo exercido a representação estudantil junto às instâncias superiores da UFES, como o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão.

Atento e atuante desde então, já na juventude conciliava as aulas no curso de Direito com a militância no movimento estudantil. Inconformado com as injustiças praticadas pela ditadura militar naquela época, Francisco saiu em defesa do resgate do Estado Democrático de Direito, da liberdade e da universidade pública. Na ocasião, foi representante estudantil nos conselhos superiores da Universidade e, ali, passou a conhecer mais profundamente as estruturas e o funcionamento de uma instituição pública de ensino superior.

Francisco Vieira Lima Neto ingressou como docente na Ufes em agosto de 1991, lotado numa das mais tradicionais escolas jurídicas do país, o curso de Direito da Ufes, que tem as suas origens na antiga Faculdade de Direito do Espírito Santo, nascida em 1930. Ao tempo em que descobria a sua vocação docente, Francisco se aperfeiçoava e se lançava no desenvolvimento da pesquisa no campo jurídico. Manteve o seu vigor intelectual na construção de novos projetos. E foi assim que se tornou procurador federal ao ingressar na Advocacia Geral da União (AGU) em 1994. Em 2005, assumiu a Procuradoria Federal na Ufes como procurador-geral. Além da dedicação à docência, com o passar do tempo,

em sua trajetória como professor, Francisco exerceu importantes funções administrativas, como a Chefia do Departamento, a Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito e a Coordenação do Curso de Mestrado. Retornou às instâncias superiores da UFES, exercendo a representação docente por dois mandatos no Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão.

Ao longo dos seus 30 anos de carreira acadêmica, Francisco buscou sua atualização acadêmica e científica. Passou a se dedicar, assim, à pesquisa. No campo da pesquisa, decidiu se dedicar mais intensamente aos estudos nas áreas do Biodireito e da Bioética. Assim, com dissertação sob título *Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética*, obtém grau de mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em 1997. Isso ocorreu em uma época em que a pós-graduação *stricto sensu* não era tão valorizada, como é hoje, revelando certo pioneirismo no Estado do Espírito Santo.

O passo seguinte foi a conclusão do curso de doutorado em Direito Civil, em 2003, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com a tese aprovada sob o título *Discriminação genética e direitos da personalidade*. Com o avanço de suas pesquisas, publica em 2008 o livro *O Direito de não Sofrer Discriminação Genética – Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*, uma obra reverenciada no Brasil pela comunidade jurídica.

Essa formação no Mestrado e no Doutorado colocou Francisco em outra posição de pioneirismo, agora em âmbito nacional: ele foi um dos primeiros especialistas em Biodireito e Biética do Brasil, apresentando pesquisas sobre a responsabilidade civil das empresas de engenharia genética e sobre o direito de não ser discriminado geneticamente.

A partir de 2004, Francisco assumiu aquele que pode ser considerado o maior desafio de sua carreira acadêmica: a criação do primeiro curso público de mestrado em Direito do Espírito Santo. Coube a Francisco conceber o projeto do curso e liderar o grupo de professores que fundaram o Programa de Pós-Graduação em Direito. Foram muitas dificuldades para obter a aprovação do curso junto às instâncias governamentais. Mas a Ufes conseguiu: em 2006 obteve a autorização, junto à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), para funcionamento do curso de Mestrado em Direito Processual.

Entre 2006 e 2008, Francisco assume um novo desafio: coordenar e implantar o recém-criado mestrado, organizando o currículo e a estrutura administrativa. Mas o trabalho frutificou: até hoje, o Mestrado em Direito da UFES formou 270 Mestres em Direito, sendo que quatro destes mestres já são professores do quadro permanente da UFES, além de outros vários que se tornaram professores de outras instituições de ensino superior do Espírito Santo e até de instituições de outros Estados.

Nesse curso também estudaram magistrados, procuradores da república, promotores de justiça, advogados, servidores do judiciário, de modo que o Mestrado, idealizado por Francisco junto de um grupo de outros professores, levou o aperfeiçoamento para essas profissões.

Vê-se, com isso, a grande colaboração que esse trabalho trouxe para o desenvolvimento da ciência jurídica no Espírito Santo e da UFES.

Em 2019, Francisco consolida sua trajetória acadêmica: torna-se professor titular da UFES, o último nível da carreira docente federal. Foi a consagração de uma carreira dedicada quase que exclusivamente à Universidade Federal do Espírito Santo e à qualidade do ensino jurídico público capixaba.

Esta obra coletiva organizada por professores do PPGDIR foi concebida para homenagear a figura do professor Francisco e celebrar seus 30 anos de docência. Conta com a participação de colegas de trabalho da Ufes e com figuras nacionais notáveis da área do Direito.

O livro se divide em duas partes. Na primeira foram reunidos depoimentos de familiares, amigos, alunos e colegas de trabalho. Essas mensagens se destinam a revelar quem é a *pessoa* do professor Francisco e sua importância para a vida daqueles que as subscrevem.

Na segunda parte foram compilados trabalhos acadêmicos de juristas e estudantes, da Ufes e de outras instituições.

Dentre os trabalhos, encontram-se textos da professora Giselda Hironaka, que orientou Francisco no Doutorado na USP e de Francisco Amaral, orientador no Mestrado na UFRJ.

O livro conta, ainda, com a participação de Gustavo Tepedino (Uerj), Anderson Schreiber (Uerj), Silmara Chinelato (USP), José Eduardo Faria (USP) e Marcio Cammarosano (PUC/SP).

Diversos colegas professores do Departamento de Direito fizeram questão de participar da obra. É um reconhecimento de que Francisco é um colega que exerceu e exerce um papel fundamental no Curso de Direito.

Esta obra comemorativa será disponibilizada gratuitamente ou a preço simbólico em *sites* especializados. Segue um estilo de difusão do conhecimento que Francisco idealizou em 2020, democratizando as pesquisas que realiza no PPGDIR. Essa disponibilização gratuita permite que diversas pessoas, de diversas localidades, possam ter acesso aos trabalhos produzidos na Ufes com maior abrangência.

É sempre possível aprender com o professor Francisco, até mesmo com a sua sofisticada ironia, com a sua sutileza e com o seu bom humor. Possui a capacidade de

transitar com habilidade e ponderação nos momentos mais complexos da divergência de ideias, e de propor o contorno de eventuais conflitos. Seu pensamento ágil, sua objetividade e seu ajustado pragmatismo apontam sempre para soluções que se evidenciam as mais acertadas. Como seu colega no decorrer de vários anos na Universidade, pude vivenciar a estratégica, propulsora e indelével contribuição do professor Francisco Vieira Lima Neto para o desenvolvimento da instituição de educação superior a qual está plenamente integrado há mais de três décadas.

Como professor, Francisco compartilha generosamente o seu saber, a sua formidável cultura jurídica e a sua sólida experiência, especialmente com os seus alunos de graduação e de pós-graduação. Como procurador é permanentemente acessível, com orientações precisas e fundamentadas para os gestores que de diferentes áreas da administração da Universidade que o procuram. Pesquisador de elevada produção intelectual, Francisco possui inúmeros trabalhos publicados, como autor individual ou em produções coletivas, além de artigos que são referências nas ciências jurídicas, e de textos especialmente produzidos e direcionados aos jovens estudantes que iniciam trajetórias acadêmicas.

Com elevada sabedoria, o Francisco professor, pesquisador, escritor, procurador, é um militante, um pensador e um operador do Direito. Suas concepções estão evidenciadas na sua trajetória e em sua obra, em que se destacam o conceito de atualização e modernização das estruturas jurídicas, de modo a estar voltadas objetivamente para o respeito à dignidade da pessoa humana e ao interesse da coletividade. Neste instante tão especial em que celebramos um qualitativo e exemplar percurso de três décadas com tamanha relevância, é fundamental que possamos demonstrar todo o reconhecimento ao nosso notável professor Francisco Vieira Lima Neto, pela sua magnífica história na Universidade Federal do Espírito Santo.

Vitória-ES, 18 de agosto de 2021.

Paulo Sérgio de Paula Vargas

Reitor da Universidade Federal do Espírito Santo

Depoimentos

Maria Laura Prata Vieira Lima

Filha

Por mais inacreditável que possa parecer, eu sempre tive uma admiração muito grande por meu pai e falar sobre ele pode parecer meio cabotino. Ver ele completando 30 anos como professor não me choca. Desde pequena sempre tive a certeza que essa era sua identidade, sempre foi assim, uma espécie de predestinação profissional que lhe caiu muito bem.

Recordo-me de crescer em meio a livros e assuntos da Universidade, que por grande parte da minha infância me fizeram acreditar morar em uma biblioteca, mas que me concederam um olhar de aprendiz, tanto do mundo, quanto de meu pai.

Por muito tempo ele me ensinou tudo, como se provesse de todo o conhecimento. Papai já foi de especialista em colocar touca de natação à Doutor em direito tantas vezes que ninguém seria capaz de registrar. Ele tem um ar meio místico de cartomante e uma confiança quase doentia. Tem certezas demais para caber em um só.

Em razão disso, sei que ele viveu muitas vidas, para conter-se em si, ou em muitos. Esses são lados dele que ainda não conheci muito bem, fragmentos de personalidade que se escondem e que se foram com o tempo. Sinto que por segurança inconsciente ele mantém uma certa distância, coisa de mestre e discípulo, para não atrapalhar os ensinamentos.

Sempre fomos muito parecidos. Há uma semelhança visceral que ultrapassa as regras da genética e que assusta um pouco. Admitir que meu pai é meu professor de vida não é fácil, demorei um pouco para assimilar essa ideia e talvez só esteja processando isso agora, neste instante. Sei que é uma experiência completamente diferente da que os incontáveis alunos da Universidade tiveram, coisa que só eu posso entender.

Hoje, compreendo o privilégio e o tamanho desse fardo de pai professor na minha formação. Sou quem eu sou pelo pai que tenho, por todas as prudências que ele teve comigo e pelo cuidado que ele levou em não exercer sua profissão apenas na Academia, mas em todo lugar. Chega a ser cansativa a postura rotineira de ensinar que ele mantém, sempre extremamente metódico e perfeccionista.

Meu pai não para um segundo, senão enlouquece. Tem sede, muita sede de viver e aprender. Por isso ensina, para aprender, porque a única vitória que perdura é a que se conquista sobre a própria ignorância.

Por fim, expresso aqui minha eterna gratidão e carinho por este amigo, que por acaso é meu pai, e também professor. São 30 anos que refletem uma vida inteira. Muito obrigada!

Thaís Prata da Silva

Esposa

Falar de Francisco. Professor, pai, marido, missão difícil para mim escolher qual versão de Francisco descrever.

Aliás, sinto-me uma intrusa ter que escrever um depoimento sobre os 30 anos de docência de Francisco Vieira Lima Neto, encargo esse que somente se ameniza pelo fato de que também fui aluna da UFES e sua aluna no mestrado.

Pois bem, individualizar a essência de Francisco a uma única qualidade é missão árdua, quiçá impossível, seja porque tenho tanto a dizer que se deixar de descrevê-lo como realmente é será como guardar o ar das palavras para dentro e tê-las que desabafar em algum momento.

Tantas virtudes sei sobre Francisco que a representação escrita da palavra certamente não expressará o eco da sua imensidão.

Como dizia Sartre, a existência precede a essência e Francisco com 57 anos possui mais da metade de sua idade dedicada à docência na UFES que sua alma genuinamente é de professor.

São 30 anos de uma vida voltada e comprometida com o ensino jurídico. Quando ingressou nos quadros da Universidade, no Departamento do Direito, era o professor mais novo em idade e hoje já carrega o título de decano.

Entre suas inúmeras contribuições à Universidade Federal, a criação do mestrado, foi para mim a mais importante.

Seu empenho em abrir o Mestrado em Direito na Universidade Pública do Estado do Espírito Santo teve como alicerce a possibilidade de criar uma escola de juristas capixaba e estender aos profissionais do direito uma oportunidade de aperfeiçoar seu estudo de forma gratuita e com qualidade.

Seu esforço junto com os demais colegas do Departamento não foi em vão, depois de enfrentar gigantesca burocracia e fortes resistências, o curso de pós-graduação em direito processual da UFES saiu do papel e se tornou realidade.

Sua persistência em ver acontecer é sensacional, não descansa enquanto não consegue uma resposta.

Suas histórias de estudante e depois como professor e procurador, todas curiosamente vivenciadas na UFES, se confundem com sua própria história de vida.

Na verdade, não consigo dissociar Francisco da sua paixão que é a Universidade. O mais engraçado é que hoje nessa simbiose retroalimentada entre UFES e Francisco não se sabe se seu aprendizado na UFES foi que lhe transformou ou se ele transformou a universidade com seu aprendizado.

Sua paixão à UFES certamente reverbera no rastro de seu ser, contagia a todos com quem convive.

Agradeço por Francisco contribuir com o Direito, com a Universidade Pública e por oportunizar a todos, independentemente de seu status, a se aprofundar na ciência jurídica.

Parabéns, Francisco pelos 30 anos de docência, que você continue brindando seus alunos com o descortino de sua inteligência e sua larga experiência de anos e anos de ensino, a qual transmite a todos nós muita segurança.

Reinaldo Centoducatte

Ex-Reitor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Os 30 anos de Francisco Vieira Lima Neto como professor da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) devem ser merecidamente celebrados. O seu respeitável currículo construído nesta instituição, desde os tempos em que era estudante de graduação em Direito nos anos 1980, simbolizam uma trajetória altamente exitosa, produtiva e marcante. Ainda na juventude, no período da ditadura militar no país, Francisco fez a opção pela resistência democrática. Foi representante dos estudantes nos conselhos superiores da Universidade e, ali, experimentou os seus primeiros conhecimentos sobre a dimensão e a importância da universidade pública. Suas escolhas nos contextos político e acadêmico lhes serviram de base para uma visão ampliada sobre o mundo, sobre as coisas, sobre a sociedade, sobre o Direito.

Assim, consolidou os seus valores sobre a importância da justiça e da democracia como instrumentos para o desenvolvimento de ambientes socialmente saudáveis, sustentáveis e de liberdade. Em 18 de agosto de 1991, Francisco Vieira Lima Neto se tornou professor do Departamento de Direito da Ufes. No exercício da docência, alcançou elevada compreensão sobre a necessidade do compartilhamento do saber. Sua inquietação intelectual e sua perseverança profissional o impulsionaram para novos saltos. Mantendo sua fidelidade à docência, ingressou na Advocacia-Geral da União (AGU) como procurador federal em 1994, atuando nas áreas do Direito Tributário e Previdenciário. Em 2005, foi convidado a exercer a função de procurador-geral da Ufes e, desde então, destaca-se como essencial suporte jurídico para a instituição nos campos administrativo e acadêmico.

No decorrer do tempo, jamais deixou de manter seus estudos em linhas de pesquisa inovadoras, além de se apresentar com protagonismo e comprometimento em diferentes desafios no âmbito institucional. Exerceu funções como chefia do Departamento de Direito, coordenação do Colegiado da graduação em Direito e coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual. Como docente, retornou ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Ufes, eleito para cinco mandatos. Para além de seu extraordinário desempenho em sala de aula, Francisco tornou-se mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em 1997.

Em 2003, concluiu seu doutoramento em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Anos antes, em 1990, alcançou estudos complementares obtendo o Diplome Supérieur d'Études Françaises 3º Degré, pela Universidade de Nancy II, França. Além de sua dedicação ao ensino de graduação,

Francisco idealizou e participou ativamente, ao lado dos colegas do Departamento de Direito da Ufes, da mobilização que resultou na criação do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual, implantado em 2008.

Conectado a novas ferramentas tecnológicas, idealizou recentemente o formato e-book de conteúdos para aprendizado e compartilhamento do conhecimento na área do Direito, direcionado, especialmente, aos jovens estudantes de graduação. De custo simbólico e acesso rápido, rapidamente a plataforma se popularizou e se tornou um sucesso editorial em plataforma digital para produtos acadêmicos. Pesquisador de elevada produção intelectual, Francisco possui inúmeros e reconhecidos trabalhos publicados e, desde 1996, dedica-se como pesquisador às áreas de bioética e biodireito, cujos estudos são referências em escolas de Direito do país. No lastro de suas pesquisas, publicou o livro “Responsabilidade Civil das Empresas de Engenharia Genética”, em 1997; e “Comentários à Lei de Medida Cautelar Fiscal”, no ano seguinte. Motivado e estimulado pela sua tese de doutoramento, em 2008 publicou o livro “O Direito de não Sofrer Discriminação Genética – Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade”.

Em sua trajetória profissional como professor, pesquisador e procurador, Francisco revela uma perspectiva humanista e moderna do Direito, como ferramenta da sociedade na proteção da pessoa humana. A construção do seu pensamento traz novo conceito do Direito, que vai além da regulação da organização da vida em sociedade, mas como instrumento de pacificação social, para expressar o que assinala a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, da Universidade de São Paulo (USP), presidente da banca de qualificação de doutoramento do professor Francisco. Assim, essa construção permanente de sua intensa história, com a real dimensão da sua imensa qualidade acadêmica, justifica-se plenamente todos os aplausos ao professor Francisco Vieira Lima Neto, pelos seus 30 anos como professor da Universidade Federal do Espírito Santo.

Odilon Borges Jr.

Ex-professor da UFES. Advogado.

Meu amigo FRANCISCO!

Durante anos – tendo ficado 26 na UFES-Universidade Federal do Espírito Santo, ao contrário de você que completa 30 anos – trabalhei com diversos estudantes, uns mais interessados nos temas que coordenava, outros menos, o que é absolutamente normal. Mas ressalto, dentre tantos, o seu alto desempenho em sala de aula, sempre voltado ao estudo do direito enquanto fenômeno social e sua preocupação quanto à compreensão e relevância da justiça, a primeira virtude das instituições sociais (RAWS, John – *Uma Teoria da Justiça*, pág. 5). Um direito às vezes estratificado em uma norma positivada, nem sempre contemporânea à realidade social e, portanto, injusto.

Acompanhei seu mestrado e doutorado, neste obtendo informações de alguns de seus professores – amigos de minha geração – sempre registrando sua dedicação à pesquisa jurídica, seus avanços conceituais e sua contribuição aos debates sobre os mais diversos temas objeto de estudos.

E você serviu como professor, sempre bem avaliado, nos cursos de pós-graduação que a CONSULTIME INSTITUTO DE ENSINO, da qual era um dos diretores, realizou. E que, infelizmente, deu-lhe uma injusta dor de cabeça.

Na UFES pouco pude lhe acompanhar como professor, mesmo porque já estava de saída para minha aposentadoria. Porém diversos estudantes seus transmitiram-me informes sobre sua atuação coordenando seus estudos, sempre, favoráveis. E desafiantes.

Na Procuradoria da UFES, por algumas vezes pude avaliar sua competência e sua dedicação à causa da instituição. Além da atenção e eficiência em atender às reivindicações que lhe eram destinadas. Como profissional liberal, afastado, portanto, daquela instituição e na condição de representante jurídico de interesses empresariais, pude me valer de seu trabalho sério, técnico e orientativo.

Sua solidariedade e declaração de apreço à minha pessoa, especialmente em momentos difíceis que vivenciei, serão, sempre, motivos de agradecimento e respeito a você, prezado FRANCISCO. Afirmo-lhe que tal expressão de amizade e fraternidade foi de relevância à aceitação e superação daqueles momentos e outros mais que a vida me reservou.

Asseguro-lhe que meu respeito à sua competência profissional e à sua luta enquanto professor e procurador geral da UFES são, por mim, reconhecidas e referenciadas em toda oportunidade que se descortina.

Meus PARABÉNS PELOS SEUS TRINTA ANOS DE UFES. E meu agradecimento, enquanto ser social, por tudo que você contribuiu para o bem daquela instituição e de seus estudantes.

Adib Salim

Professor da UFES

Trinta anos de docência: muito além da sala de aula.

Falar dos trinta anos de docência do Professor Francisco Vieira Lima Neto no Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo é tarefa que não cabe em poucas linhas, afinal sua atuação sempre foi mais do que a atividade em sala de aula. Sempre esteve ligado ao planejamento do nosso curso, propondo desafios para o corpo docente e discente, enfrentando as demandas crescentes e inadiáveis da gestão acadêmica nacional.

Sempre visionário, coube ao Professor Francisco o projeto de colocar o curso de direito da Ufes entre as melhores graduações do Brasil, o que se comprovou a partir das primeiras avaliações promovidas pelo governo federal, ainda na pioneira avaliação conduzida pelo então Ministro da Educação Paulo Renato Souza. De lá para cá, o curso coleciona sucessivas avaliações positivas e destacadas em todo o cenário nacional, incluindo muitas primeiras colocações nos Exames promovidos pela Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive em nível nacional.

Também merece registro destacado o papel do Prof. Francisco na concretização do mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, em um momento em que o estado ainda não contava com um curso público e gratuito em tal nível acadêmico. O mestrado é fruto do empenho pessoal dele, que não poupou esforços para incentivar os professores a buscar qualificação para o desempenho das atividades futuras, bem como luta pela abertura de concursos públicos para o ingresso de novos Doutores nos quadros do Curso de Direito, o que mais à frente foi fundamental para o credenciamento do mestrado.

Parabéns ao Professor Francisco pelo aniversário de trinta anos no magistério superior e pelo incondicional amor e entrega ao curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

Claudio Madureira

Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da UFES, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

Professor Francisco, meu “malvado” favorito.

Francisco Vieira Lima Neto vai completar trinta anos como Professor da UFES.

O Francisco já estava na universidade quando ingressei no curso de Direito. Isso foi no primeiro semestre de 1998, portanto há pouco mais de vinte anos. Mas, para mim, é como se ele sempre estivesse por lá. Fiz algumas matérias com ele, e me recordo dele ter sido, naquele tempo, Chefe do Departamento de Direito e Coordenador do nosso Colegiado. Além disso, Francisco também trabalha, naquela época, como Procurador do INSS, cargo público que eu secretamente esperava ocupar depois da minha formatura, porque ingressei no serviço público (há quase trinta anos) como servidor administrativo do mesmo órgão.

Como você pode ver, caro leitor, o Francisco “jogava nas onze”, como se diz no jargão futebolístico. Além disso, ele foi, seguramente, uma das principais influências que tive na construção da minha carreira jurídica. Entre o final dos anos noventa do século passado e os primeiros anos do Século XXI, o que eu queria mesmo era ser Procurador do INSS e Professor da UFES, como o Francisco.

Muito poucos sabem disso, e talvez nem ele mesmo se lembre dos fatos que passo a narrar, mas o Francisco teve papel fundamental na conclusão do meu curso de Direito e, meses depois, na minha inserção no mercado de trabalho como advogado.

Eu fui um aluno desperiodizado, porque trabalhava no interior do Estado como Oficial de Justiça, e por isso sempre tive muita dificuldade para frequentar às aulas juntamente com a minha Turma. Minha estratégia para remediar esse problema era cursar o máximo de disciplinas que eu conseguisse no período da noite. Em geral, eu assistia as aulas da manhã na UFES e depois seguia para Linhares (almoço na estrada), onde eu cumpria mandados e escrevia certidões até o final da tarde do dia seguinte (pernoite em hotéis baratos), quando retornava à Vitória para as aulas da noite.

Mesmo assim eu precisei quebrar pré-requisitos para conseguir me formar dentro do prazo. Na ocasião isso era muito importante para mim. Eu já estava prestando os meus primeiros concursos, e tinha uma expectativa séria (quem não acredita que tem chances de passar não estuda o suficiente, sempre acreditei nisso) de ser aprovado em um deles tão logo conseguisse me formar em Direito. Por esse motivo, criei coragem e fui conversar com o Francisco.

Mas foi preciso criar coragem mesmo, o Francisco tinha fama de mau, que ele gostava de alimentar em sala de aula e nos corredores da UFES. Porém, ele era o único dos nossos Professores que integrava o Conselho Universitário, órgão colegiado da UFES que naquele tempo apreciava os pedidos de quebras de pré-requisitos, e que havia acabado de indeferir dezenas de requerimento semelhantes ao que eu pretendia formular. Além disso, fiquei sabendo que ele havia ajudado um colega da minha Turma que tinha sido aprovado num concurso importante no oitavo período a antecipar a colação de em um semestre, o que possibilitou que ele tomasse posse no cargo meses antes da data prevista para a nossa formatura.

Para encurtar a história, expliquei o meu pequeno drama pessoal ao Francisco, que prontamente se dispôs a me ajudar. Ele me explicou o que eu deveria fazer empregando uma mistura muito singular de fundamentos jurídicos com argumentos de ordem prática, que eu somente iria reencontrar, anos depois, nos textos de Habermas que li durante o curso de Mestrado. Eu não me lembro exatamente quais foram as palavras que ele usou, mas deve ter sido alguma coisa do tipo: "Os dispositivos que você precisa invocar você já sabe quais são, mas escreva uma carta para os Conselheiros explicando que você ficou desperiodizado porque, como eles, também é servidor público, para que eles tenham a chance de se colocar no seu lugar antes de pensarem em indeferir o seu pedido". É claro que eu fiz o que ele mandou. Preparei o meu requerimento da melhor forma que consegui e o protocolizei na UFES achando que isso resolveria tudo. Mas depois fiquei sabendo que o que me valeu mesmo foi a tal carta que o Francisco sugeriu que eu escrevesse, e que ele deu um jeito de grampear na capa do processo para que o Relator tivesse acesso a ela antes de fazer o Voto.

Gol do Francisco! E gol importante, daqueles que só acontecem aos quarenta e cinco minutos do segundo tempo. Não fosse por essa orientação que recebi dele muito provavelmente eu não estaria formado em Direito quando fui chamado, meses depois, a assumir o cargo de Procurador Federal, para o qual fui aprovado em um dos concursos públicos que estava fazendo. Portanto, também devo ao Francisco, ainda que reflexamente, eu ter me tornado, muito pouco tempo depois da minha formatura no Curso de Direito, Procurador Federal.

Não estou certo de ter dito isso a ele antes de escrever este depoimento. Acho que sim, embora a essa altura ele muito provavelmente ele já nem se lembre mais. Mas se não disse, fica dito agora, e para quem quiser ouvir.

Essa ajuda que recebi do Francisco também me possibilitou realizar a primeira das minhas aspirações enquanto aluno da graduação jurídica. É que uma vez empossado como Procurador Federal, acabei me tornando Procurador do INSS, como o Francisco. Na verdade, chegamos a trabalhar juntos no INSS antes dele pedir transferência para a

Procuradoria da UFES e de eu me mudar para a Procuradoria Geral do Estado do Estado do Espírito Santo.

Eu me tornei, então, um Advogado Público; atividade que tive a oportunidade de exercer (ainda que por curto período) ao lado do Francisco na Procuradoria do INSS; e que hoje desempenho como Procurador do Estado com resultados que eu certamente não obteria se ele não tivesse me mostrado que, na prática, que os argumentos jurídicos de que dispomos (no caso, os dispositivos que invoquei no meu requerimento de quebra de pré-requisitos) funcionam muito melhor se vierem acompanhados de um “que” de humanidade (no caso, a carta que ele sugeriu que eu escrevesse para os integrantes do Conselho Universitário).

Essas experiências me permitiram enxergar o Francisco para além do personagem que ele criou para ele mesmo, um professor rigoroso, sarcástico, a sua velha máscara de professor malvado. Por isso me aventurei, a despeito do medo que ele me inspirava durante a graduação, a me candidatar a uma vaga entre os seus orientandos no Curso de Mestrado em Direito da UFES.

Quando conversamos sobre o meu plano de indicá-lo como pretendo orientador, o Francisco, entre sisudo e enigmático, mandou essa: “Passa a prova primeiro, depois nos falamos. Mas não prometo nada, nunca me comprometo com candidatos, escolho sempre o que eu achar melhor para o Programa”. Não pensei duas vezes. “Se ele disse que não se compromete com candidatos é porque o jogo ainda está aberto”, foi a minha avaliação na época. Por isso segui à risca o conselho que ele me deu: fiz a prova e passei com a maior nota entre os candidatos que o escolheram como Orientador, depois escrevi um projeto que imaginei que fosse interessá-lo e, por fim, defendi esse projeto perante uma Banca que ele (como sempre “jogando nas onze”) fez questão de integrar.

Eu acabei sendo escolhido o escolhido daquele ano. E em momento algum duvidei que o Francisco não tinha se comprometido com ninguém e que, por isso, eu sempre tive chances com ele. Mas confesso que fiquei impressionado quando descobri, meses depois, que a minha principal concorrente era uma das melhores amigas da esposa dele. É muito provável que ele tenha arrumado um problema em casa por ter me escolhido.

Durante o Mestrado, o Francisco foi um orientador dedicado, atencioso e, sobretudo, generoso. Não houve uma semana sequer em que ele não me apresentasse novas sugestões de leitura. É claro que ele fazia isso sob a máscara de professor malvado que ele sempre insistiu em usar. Ele tinha o costume de me passar os textos em sala de aula, quando fazia indicações de leitura aos colegas de disciplina. Em geral ele dizia que aqueles eram os textos que todos teriam que ler para a semana seguinte, mas que eu, como era o orientando dele, precisaria ler, além dos textos obrigatórios para todos, alguns outros que ele estaria me indicando. Mas foi assim, indicação de leitura após

indicação de leitura, seguidas ou não das piadinhas de sempre, que o Francisco me convenceu a mudar o tema da minha Dissertação (ele vai dizer que me mandou mudar o tema, mas não foi isso que aconteceu; quem manda não argumenta, não procura, delicadamente, convencer o seu interlocutor), e com isso me fez navegar por águas muito mais profundas do que eu achava que teria condições de fazer. Sem que me desse conta o Francisco trabalhava diligentemente para me transformar no pesquisador que, anos depois, ingressaria no Doutorado da PUC/SP e que, quando chegasse o momento propício, estaria habilitado a postular/obter a honra de trabalhar com ele como Professor do Departamento de Direito da UFES.

Quando Adriana, Flávio, Gilberto e Jader me pediram que escrever um depoimento para esta justa homenagem que estamos fazendo ao Francisco, essa nossa história de pouco mais de vinte anos passou pela minha cabeça como um *flashback* de novela da Globo. Porém, como toda história que se prese, também a nossa teve um ponto culminante, que, para mim, traduziu com perfeição a personalidade dele.

O episódio a que me refiro aconteceu no final de 2019. Eu sou capaz de precisar o período porque ele teve lugar numa das nossas últimas reuniões presenciais do Colegiado do Curso do Mestrado, talvez essa tenha sido a última vez que o encontrei pessoalmente antes da pandemia.

Francisco estava impossível naquele dia. Ele sentou ao meu lado na sala dos professores e já veio logo com essa, dirigindo-se a todos os presentes: “Tem duas coisas que eu não faço: ter cachorro e atender orientandos”. Eu sabia que ele estava brincando, mas na hora não me conformei, e, inocente, resolvi confrontá-lo. “Como não, Francisco? Eu fui seu orientando, e você sempre me atendeu”, e daí comecei a narrar a mesma história comprida que acabo de contar a você, caro leitor. Mas o Francisco, entre sarcástico e sorridente, nem me deixou concluir. Ele respondeu o seguinte, para imensa diversão de quem estava por perto: “Meu orientando, você? Não me lembro. Você usava barba na época?”.

Com ele é sempre assim, não tem jeito. Foi como se ele me dissesse, parafraseando Roberto e Erasmo, sossega aí bicho, porque “eu tenho que manter a minha fama de mau”.

Agora, refletindo friamente sobre o episódio, a conclusão a que chego é ele deve ter me dito a mesma coisa, e pelas mais diversas formas, milhares de vezes. Imagino, inclusive, que ele também tenha feito o mesmo contigo, caro leitor. A diferença é que, a essa altura, eu já não acredito mais na máscara de professor malvado que ele insiste em usar, talvez por timidez, talvez por que não sinta necessidade de alardear tudo de bom que ele é capaz de fazer pelas pessoas.

Foi, então, que a minha ficha caiu. Quando ele me disse, naquela fatídica reunião de professores no final em 2019, “meu orientando, você?”, eu “não me lembro”, fui instantaneamente remetido à conhecida série de filmes de animação que fui obrigado a assistir durante a infância das minhas filhas, hoje adolescentes. Francisco é como o “Dru”, o meu “malvado” favorito. Ele resmunga um pouco, tenta se esconder atrás da sua velha máscara, mas acaba fazendo tudo que estiver ao seu alcance para ajudar quem o procura.

Pelo menos comigo foi assim, ele sempre esteve por perto quanto precisei. E este livro é a prova viva de que eu não fui o único.

Contudo, por vias das dúvidas resolvi deixar a barba crescer. Agora ele ter que inventar outra desculpa se quiser me desmentir quando eu insistir em dizer (por uma questão de justiça, e não apenas de gratidão) que, para mim, ele foi um excelente professor e um orientador impecável, e que é, além disso, é uma figura humana rara e que não combina em nada esse personagem que ele criou.

Se bem que, depois da publicação deste depoimento, em que ousou denunciar (e para quem quiser ouvir) o mito construído (principalmente por ele mesmo) em torno do meu querido mestre, isso talvez já não importe mais (tudo bem se eu quiser raspar a barba, como minhas filhas me pedem todos os dias). Essa conversa de que ele é um professor malvado é *fake news*. O Francisco, na verdade, é um falso malvado, o meu “malvado” favorito.

Só espero que ele me perdoe por ter contado a você, caro leitor, o seu grande segredo de mais de trinta anos.

Valesca Raizer Borges Moschen

Professora da UFES

Querido Francisco,

Lhe conheci como um dedicado aluno de meu pai, nos grupos de pesquisa e churrascos em minha casa, antes, ainda, de sermos colegas de Departamento. Naquele época, já conhecia a sua fama de estudioso. Junto com o Jader, seu parceiro de estripulias acadêmicas, já o via alegre, ativo, cordial e amigoso.

Nos reencontramos anos depois, nas diversas esquinas da vida, ora ambos colaborando como professores em diferentes instituições de ensino superior do Estado e fora dele, ora, seguindo os seus passos, eu, enquanto professora e, você, como coordenador de cursos de Direito.

Nossa amizade foi se aprimorando, pouco a pouco, sempre guiada por desafios e empreitadas acadêmicas. A maior delas, talvez, tenha sido lhe seguir na abertura do programa de mestrado em direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Você, sempre convicto da possibilidade de termos um curso gratuito em nosso Estado, lutou ferozmente. Fato que nos orgulha muito. E nós, um turma de bons soldados, seguimos os seus ensinamentos. Foi você o grande responsável por hoje completarmos quase 20 anos de um consolidado curso de pós-graduação *stricto sensu* em direito processual na UFES. Aproveito a oportunidade para lhe agradecer por quase 300 alunos pelo curso formados. Somos mais de vinte professores engajados no programa. Com produção acadêmica crescente rumamos, oxalá, para um doutorado público tão necessário para a reafirmação da universidade como espaço legítimo para a pesquisa e a promoção da cidadania.

Foi de sua responsabilidade, também, o meu ingresso na UFES. A culpa é sua. Admirei muito o seu esforço em construir uma equipe de professores - aptos para levar adiante os desafios de melhoria da graduação e pós-graduação da UFES - e de me incluir nela, como mais um membro ativo. Hoje, como professora titular em Direito Internacional, vejo como nossos caminhos profissionais foram e são de parceria e respeito mútuo. Como os olhos de agora, avaliando nossas aventuras acadêmicas do passado, digo que você foi e é um ótimo parceiro. Um amigo firme, presente, abrigo onde sei que posso contar nos labirintos da vida.

Esse respeito, carinho e amizade se expandiu para toda a sua família. Sua querida esposa, suas lindas filhas estão sempre na minha admiração. Nossa amizade transpôs os muros da UFES. Você esteve presente em momentos felizes da minha vida –

nascimentos de meus filhos, aniversários - e em momentos difíceis. Assim se fez nossa amizade que espero que dure muitos anos mais.

Francisco, meus parabéns pelos 30 anos de imensa dedicação à Universidade Federal do Espírito Santo! Desejo que possamos seguir sorrindo com as nossas idiossincrasias e permanecer parceiros na jornada da vida.

Francelle Barcelos

Mestre em Direito Processual pela UFES

Querido Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto, a quem com muito orgulho chamo de orientador, fico imensamente feliz em parabenizá-lo pelos 30 anos que completou como professor da UFES! Sei que nesse tempo, tantos outros alunos como eu, tiveram a sorte de tê-lo como guia.

Como sua aluna-orientanda, pude participar de diversas aulas brilhantemente ministradas pelo senhor, no mestrado e na graduação, e digo, com segurança, são de extrema generosidade. Além do conteúdo programado, sempre aprendemos curiosidades enriquecedoras.

Obrigada, professor! Muito obrigada por tudo até aqui!

Desejo que tenha mais muitos e muitos anos de UFES! E que possa enriquecer mais muitos estudantes e colegas durante esta jornada extraordinária na academia.

Ingrid Kandler

Professora do Curso de Medicina da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); ex-Coordenadora do Colegiado do Curso de Medicina (2018-2020).

Quando penso no meu amigo me vem logo a mente a seguinte frase:

"Não existe coisa melhor no mundo do que viver, curtir e gozar a vida, que passa rápido e daqui não levaremos nada, a não ser toda a experiência e as amizades."

Charles Chaplin

Lembro-me da primeira vez que vi o Dr. Francisco, eu tinha várias dúvidas quando lia a legislação da Universitária, então fui ao gabinete, sem marcar horário prévio, para esclarecer as minhas indagações que estavam descritas naquelas normativas, resoluções, etc.

Chegando ao local me apresentei ao secretário e o mesmo avisou ao Dr. Francisco que prontamente me atendeu... foi uma tarde de conversa bem esclarecedora, me senti segura e acolhida na jornada que estava iniciando.

Depois dessa tarde percebi que nem todo o trabalho é difícil e nem todos os empregos são aborrecidos, quando se tem verdadeiros colegas do nosso lado. O Dr. Francisco foi um grande apoio e jamais esquecerei os momentos de genuíno companheirismo, que juntos partilhamos. Obrigada por enriquecer a minha vida profissional e por ter se tornado um grande amigo para mim.

Nunca pensei que pudesse vir a encontrar, em meu local de trabalho, uma pessoa tão especial que se tornaria um amigo. O Senhor foi desde o início um bom companheiro, sempre preocupado em ajudar no que fosse necessário. Nos momentos mais difíceis o Senhor sempre esteve presente e eu jamais poderei esquecer tudo o que você fez por mim.

Lembro-me da frase:

"A amizade é uma predisposição recíproca que torna dois seres igualmente ciosos da felicidade um do outro."

Platão

Aproveito para recordar tudo o que aprendi aqui profissionalmente que me será útil futuramente. Mas, nessa experiência, o que eu levo de mais positivo são as lembranças do companheirismo e a amizade que compartilhamos nesses anos. Tenho comigo um grande sentimento de gratidão.

Não é fácil encontrar colegas de trabalho como o Senhor. Nos últimos tempos eu enfrentei vários desafios e nem sempre consegui disfarçar a tristeza que estava sentindo. Mas o Senhor se mostrou estar atento, viu que eu precisava de apoio e não hesitou em se disponibilizar para ajudar. A sua atitude ficará eternamente guardada no meu coração.

Não há palavras que expressem a gratidão que sinto por ter uma amigo assim, em quem posso confiar plenamente. Seu exemplo de profissionalismo e sua demonstração de grandes qualidades humanas são uma verdadeira inspiração para mim.

Assim a amizade:

"Amizade é quando duas pessoas se unem em busca de alguma verdade mais elevada".

Friedrich Nietzsche

Sua forma de ser, seu trato com todos e seu jeito serão sempre recordados como grande aprendizado por mim.

Há pessoas que marcam a gente. Há colegas que viram amigos e alguns viram até família. O Senhor é um desses casos de transformação e crescimento interior e não foi somente um grande profissional para todos os que o cercam, o Senhor foi sempre muito humano. Especialmente querido. Permanentemente capaz de encurtar o tempo daquelas longas tarde de trabalho, capaz até das melhores palavras de conforto naqueles momentos em que as tarefas estavam dificultando a minha imparcialidade. Coisas dessas alegram o coração das pessoas e eu muitas vezes dava até gargalhadas.

Então lembro-me do filósofo:

"Para conseguir a amizade de uma pessoa digna é preciso desenvolvermos em nós mesmos as qualidades que naquela admiramos."

Sócrates

Depois de tantos anos nesta casa, conhecê-lo foi algo especial, uma pessoa que me acolheu de braços abertos, pessoa com quem partilhei muitas e muitas horas da minha vida, e com quem enfrentei muitos desafios profissionais.

Apreendi com o Senhor muito do que sei, cresci como profissional, mas também como pessoa. Encontrei aqui oportunidades e incentivo para me superar. Foram muitos e bons anos aqui vividos. Por isso, este é um momento de agradecer.

Agradeço a generosidade de ensinar, agradeço a generosidade para me orientar e deixar traçar o meu próprio caminho dentro da Universidade.

Lembro também da lida com a docência, ser professor é uma tarefa árdua lecionar em uma universidade, mas você o faz tão bem que se torna nítido no semblante dos estudantes que, através da sua didática, qualquer assunto se transforma em uma tarefa prazerosa.

O Senhor faz com que nossas opiniões sejam ouvidas sem preconceitos e julgamentos e nos estimula a ter um pensamento crítico que nos leva para conversas e debates ricos e sempre com muito respeito pelos nossos colegas.

Mais que ensinar uma matéria, o Senhor consegue fazer com que as coisas que ensina se relacionem com o que nós já conhecemos e, assim, todos conseguem aprender muito mais.

"O caráter pessoal do orador alcança a persuasão quando ele nos leva a crer no discurso proferido. Acreditamos mais nos homens de bem por serem mais preparados e íntegros do que outros. Em geral, isso é verdadeiro, qualquer que seja a questão, e absolutamente verdadeiro onde a certeza exata é impossível e as opiniões são divididas."

Aristóteles

As conquistas só valem a pena se temos com quem compartilhar. Um trabalho bem feito é um trabalho em equipe. O trabalho é algo muito gratificante quando caminhamos juntos em uma mesma direção e as conquistas são os frutos de muita dedicação!

Todos os dias agradeço por ter conhecido uma pessoa que me tocou de uma forma tão positiva e significativa e te desejo muitos anos de vida, pessoal e profissional, muito felizes!

Parabéns pelos 30 anos de trabalho junto à Universidade Federal do Espírito Santo!

João Baptista Herkenhoff

Ex-professor da UFES

Francisco Vieira Lima Neto merece todas as homenagens ao completar trinta anos como professor da UFES. Ele foi meu aluno, um brilhante aluno.

Leide Maria Gonçalves Santos

Mestre em Direito Processual pela UFES

Falar sobre o Professor Francisco Viera Lima Neto é um desafio, visto que nem sempre as palavras traduzem o real significado que carregam, assim como imagens não conseguem descrever tudo o retratam.

Conheci o Professor Francisco no INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, como Procurador, e ao longo daquela jornada o seu perfil marcado pelo dinamismo imprimia um ritmo célere no controle e acompanhamento processual, que o distinguia.

Na graduação em Direito na UFES – Universidade Federal do Espírito Santo as aulas que ele ministrava eram marcadas pela conexão dos casos práticos à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência mais recente dos Tribunais. Isso dava aos acontecimentos da vida cotidiana uma nova perspectiva e retirava do lugar comum as relações que permeiam a complexa vida em sociedade, visto que, sob o prisma do direito, tais relações se revelam sob diversas facetas, que desafiavam e aguçavam o interesse em conhecer mais e mais as repercussões jurídicas.

Concluída a graduação em Direito, com a aprovação do Mestrado em Direito Processual da UFES, tive a honra de compor a primeira turma e, mais do que isso, a honra em ter o Professor Francisco como Orientador.

Como Coordenador do Mestrado, o Professor Francisco foi incansável na luta pelo incremento do acervo da biblioteca com obras clássicas e atualizadas, estimulou e instigou a pesquisa científica, desafiou a produção literária pelos mestrandos, promoveu palestras, cursos e seminários que envolveu a comunidade jurídica trazendo renomados professores, juristas e autoridades do Judiciário do País, proporcionando um ambiente propício e fecundo para a academia.

Incansável, não media esforços para divulgar e projetar o Mestrado em Direito Processual no contexto nacional com o olhar intransigente na busca da mais alta qualidade nos trabalhos científicos e na estrutura do curso, requisitos essenciais a refletir na avaliação da Capes - Coordenação e Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

No desenvolvimento da dissertação tive a orientação segura e apoio incondicional ao longo de toda a trajetória. A prontidão em atender-me, as preciosas sugestões de bibliografia, de jurisprudência, as observações na leitura dos textos, as interrogações formuladas, enfim as lições apreendidas não se resumem às páginas do trabalho, nas quais há a sua marca em cada uma delas e em cada capítulo.

Graças ao seu incentivo consegui ver a obra publicada pela Editora Juruá com o distintivo de ter o prefácio de sua autoria.

A dimensão da importância do Professor Francisco para a Universidade Federal do Espírito Santo ao longo dos trinta anos de vida dedicada à Instituição e, de modo muito especial e particular, para o Curso de Direito da Ufes, enaltece a história da Universidade.

A trajetória acadêmica do Professor Francisco marca a história do Curso de Direito da UFES e do Mestrado em Direito Processual da UFES com o seu protagonismo e a impressionante capacidade de agregar, conciliar, solucionar e conceber as mais altas e dignas lições que desbordam aos limites do caminho já trilhado e prospectam novos horizontes com seu espírito inquietante e incansável.

Ao Professor Francisco expresso a minha admiração, respeito e imensa gratidão pelo aprendizado, a honrada amizade, pelos valiosos ensinamentos e profícua caminhada!

Paulo Vinicius de Almeida

Professor universitário

Fazer parte de ato germinal de tão brilhante carreira foi privilégio da minha turma naquele longínquo 1991. Me chamo professor Francisco e vou ministrar a disciplina de Contratos, assim se apresentou o jovem àqueles jovens, utilizando como tema a peça “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare.

No texto, o falido Bassânio quer viajar com a intenção de conquistar Pórcia, uma rica e bela herdeira. Objetivando ajudar o amigo, o comerciante Antônio pede um empréstimo ao agiota judeu, Shylock. Esse aceita fazer o acordo, desde que os envolvidos concordem com uma proposta singular: se o pagamento não acontecer como celebrado, Antônio quitará a dívida com uma libra de carne do próprio corpo! Por óbvio, a dívida não é paga e fez-se uma análise do fato à luz da Teoria Geral dos Contratos.

Muita coisa mudou nesses trinta anos, além do próprio questionamento sobre a obra de Shakespeare: texto antissemita ou texto sobre o antissemitismo? A mudança digna da historiografia foi a transição da relação discente-docente para amigo-amigo, que segue intocável a profunda admiração com destino à eternidade pelo meu estimado professor.

Além da graduação, o protagonismo do meu querido homenageado também ocorreu no curso do mestrado em que tive o prazer em tê-lo como membro da banca avaliadora de dissertação na minha UFES. Decorrida a titulação, o protagonismo se repetiu com o apoio e incentivo em minha carreira na docência, todavia, apartado do viés civilista para lançar-me na paixão do direito criminal. Caminho esse que não defino como trabalho, pois quando é feito aquilo que se ama, esse vocábulo não é empregado.

Há muito para se falar nessa obra de merecida homenagem, mas, cabe-me respeitar o espaço que me é dado em razão do compartilhamento com outros admiradores. Acerca da noção da dimensão da vida e dos dilemas do homem, manifestou o psicanalista Contardo Calligaris: “Exceto se for um Colombo ou um Pizarro, a grande maioria dos homens vive entre a padaria, o bar, o escritório e a casa. Eles se relacionam muito mal com essa vida cotidiana. É como se não devesse fazer isso”. Particularmente, esse não foi um dilema preocupante para mim, vez que os feitos extraordinários só podem adquirir essa dimensão a partir daquilo que é ordinário e, assim, em 93,38 km² desfrutei momentos extraordinários com meu amigo Francisco, com o convívio prazeroso regado a cafés, cervejas e, em fase mais depurada, pós estudantil, vinhos e infindáveis conversas sobre direito, contratos, mestrado, docência, política, cinema, Dinah

Washington e Billie Holiday e, a depender do conteúdo ético, um pouco de filosofia da vida para retornarmos à crônica do cotidiano.

Minha alegria é maior em dar testemunho para celebração da vida e em vida, para que o homenageado saiba da dimensão que emana sobre aqueles universitários que lhe trazem vossa estima. Um Mestre que alcançou nosso reconhecimento por mérito próprio, pela assiduidade e constância ao estudo, fenômeno não tão constante em nossa época. Determinado e compromissado com a transmissão do conhecimento, com a credibilidade de sua vocação para o magistério.

Despeço-me desse testemunho, com as óbvias limitações de extensão da narrativa, na feliz frase de Antístenes, "A gratidão é a memória do coração". Sou grato a você, meu Mestre, pela prazerosa e rica convivência desses primeiros trinta anos.

Vandré Toffoli

Diretor de Projetos Institucionais da UFES

Dr. Francisco, meus parabéns por esse período de dedicação na UFES. Tenho certeza que seus ensinamentos foram e continuam sendo essenciais para formação dos alunos, e além disso, aprendo a cada dia com suas lições no dia-dia da gestão da Universidade, muito obrigado pelo apoio de sempre, grande abraço!

Celia Regina Coutinho da Cruz Fanzeres

Ex-Assessora da Reitoria da UFES

Por mais que essa iniciativa seja para homenagear um profissional que dedicou 30 anos de sua vida à área acadêmica, seus ensinamentos foram muito além dos conteúdos do currículo. Eu tive a honra de conhecer o Dr. Francisco quando passei pela Reitoria e registro aqui o meu carinho por essa pessoa que passou boa parte de sua existência contribuindo para o progresso da Universidade Federal do Espírito Santo, não só na área acadêmica, mas também na área política e na governança institucional.

Dr. Francisco marcou a minha estadia na Reitoria. Entre conflitos, diálogos, negociações com os segmentos, invasões, processos escabrosos, ele sempre conseguia tornar o difícil mais fácil. Encontrava respostas e alternativas na legislação pertinente. Mais do que isso, ele mantinha um humor inigualável, espirituoso e inteligente, provocava risos e conseguia tornar a situação mais amena e suave. Ainda mais se tivesse um quitute, um petisco, um bolo de chocolate para adoçar e tornar o momento mais especial.

Com competência e astúcia, sua trajetória na Procuradoria da Ufes foi e continua sendo marcante. Sempre fiel à gestão, nunca se esquivou de buscar soluções para os problemas institucionais.

Eu tive a sorte de conhecê-lo de perto e posso afirmar que aquele homem sério que passava pelos corredores da Reitoria, com muita elegância e com a face (às vezes) carrancuda, pouco acessível, não passava de um homem afetuoso, gentil, companheiro e espirituoso.

Eu me aposentei no ano de 2021 e, sinceramente, sinto falta da Ufes, sinto falta de muitos amigos, mas sinto muita falta também dos momentos em que, juntos, buscávamos solucionar os problemas da Administração, principalmente os processos mais complicados. Momentos nos quais o Dr. Francisco representava um oásis no meio desse deserto tão conflitante, e ainda conseguia fazer-me dar gargalhadas.

A você, Dr. Francisco, meu mestre e amigo, toda a minha gratidão e admiração.

Mariana Frizzera

Advogada do Senado

Sempre gostei de professores exigentes, que me desafiassem. Isso me estimulava a pesquisar, a aprender, a me dedicar. E o professor Francisco foi um desses. Marcou a minha vida acadêmica também pela sua coerência, porque não adianta exigir. É preciso ser excelente para cobrar do outro. É preciso ser exemplo, e o Professor Francisco foi uma inspiração para mim, pelo conhecimento, pela sua dedicação, pela paixão que sempre demonstrou pelo Direito e, em especial, pelo Direito Civil, matéria que lecionava. Mestre bom é esse, que nos ensina a gostar de aprender, e como eu gostei de ser sua aluna! Os nossos contatos não findaram na faculdade. Professor Francisco foi peça chave no meu mestrado, que concluí na UnB. Em uma conversa de 15 minutos saí com várias ideias e convicta do tema que desenvolveria em minha pesquisa. Meu muito obrigada a você, professor, pelo estímulo, pelo conhecimento transmitido e pela disponibilidade que sempre demonstrou para a troca de ideias.

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor da UFES

Prof. Francisco: o mestre dos mestres!

Hoje celebramos a carreira de um professor que foi mais que um expositor em sala de aula. Comemoramos o "jubileu de pérola" de uma pessoa que se dedicou ao avanço do ensino superior capixaba.

Como seu aluno e amigo, aprendi e aprendo, diariamente, não só sobre o Direito, mas sobre a vida.

Com o Prof. Francisco aprendi a ter a humildade de me autoavaliar e buscar reconhecer meus erros; aprendi a descobrir o erro primeiro em mim e depois no outro. E isso é libertador, pois o que negamos nos domina e o que aceitamos nos transforma (Carl Jung).

Aprendi, também, que, na vida, não há tempo para lágrimas e que somos os arquitetos do nosso destino.

E a principal lição é que nosso compromisso tem que ser com o nosso dever e com os nossos valores. Descobri que sempre haverá alguém para criticar e que é infrutífero esperar a aprovação pelo outro. Assim, devo realizar aquilo é o meu dever, independente da opinião das pessoas.

Obrigado, Prof. Francisco, por todas essas lições e por sua preocupação em fazer com que a UFES tenha a qualidade de ensino que tem hoje. Obrigado por se sacrificar e aceitar injustiças resignadamente. Obrigado por tudo o que fez por nós, ex-alunos, ex-orientandos, colegas de trabalho, servidores, povo do Espírito Santo.

Desejo-te longa vida e mais 30 anos conosco na UFES!

Feliz jubileu de pérola!

Santuzza da Costa Pereira

Professora da UFES

O que dizer de uma personalidade do calibre de Francisco Vieira Lima Neto? Pensei muito. Divaguei, num esforço insano para reunir nestas poucas linhas um discurso que pudesse definir o homem da quadradura desse meu amigo e que o Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo tanto lhe deve. O trabalho desenvolvido na instituição, dedicação, altruísmo e principalmente competência desse acadêmico espelha o forte compromisso acadêmico voltado para a construção de saberes e de cidadania. Não me lembro de pensar o Curso de Direito sem a presença e dedicação desse professor. Suas publicações além de consolidarem o conhecimento científico apresenta-se em útil fonte de consulta para os que circulam na vida acadêmica ou profissionais ligados ao Direito Civil e firma o nome da Universidade Federal do Espírito Santo dentre as instituições de ponta. Portanto, pensar, ouvir e beber do seu conhecimento é reconhecer a envergadura Francisco Viera Lima Neto e a ele rendo minhas homenagens.

Artigos

Novas entidades familiares: doutrina e jurisprudência

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Coordenadora Titular e Professora Titular do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Coordenadora Titular da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Mestre, Doutora e Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Ex-Procuradora Federal. Fundadora e Diretora Nacional do IBDFAM (região sudeste). Diretora Nacional do IBDCivil (região sudeste).

1. Evolução dos conceitos, papel do direito e metodologia empregada: a introdução ao tema das novas entidades familiares

O fenômeno familiar deve ser entendido no contexto sociológico-temporal em que acontece, sob pena de jungirmos/engessarmos a evolução dos costumes e da cultura, o que conduz a uma perda no rico caleidoscópio social e afasta mesmo o direito do verdadeiro terreno sobre o qual ele deveria incidir.

Se o propósito da nossa ciência é servir de paradigma para resolver os problemas sociais e promover a convivência harmônica entre as diferentes tribos humanas, restringir o conceito de família àquele tradicional, adotado pela maioria ou simplesmente depurado ao longo do tempo, se por um lado satisfaz a estes grupos, por outro, muito mais seriamente, gera a desproteção jurídica de grupos que não se encaixem no padrão tradicional, promove a ideia da inefetividade do direito e não conduz ao ambiente de harmoniosa convivência dos grupos humanos.

Talvez esses sejam os principais corolários da laicização do Estado e da promoção do princípio democrático. Ignorar essa evolução e mesmo engrossar uma compreensão restritiva da família, por mais nobre que seja a justificativa, é um reacionismo intolerante (em resposta a oposição de grupos tradicionais) ou uma leitura limitada e formalmente indesejável (em resposta ao excessivo amor por dogmática que não se engessa no tempo).

É verdade que o tempo no direito e, especialmente, a permanência de certos institutos, não é defeito. O problema é quando se afasta a ciência jurídica do contexto fático que ela deveria regular. A minha exposição, que faço em homenagem ao saudoso amigo e professor de todos nós Zeno Veloso, busca enfrentar um dos grandes desafios do direito de família da pós-modernidade e que vem condensado na definição das novas entidades familiares. Muito mais que uma síntese da evolução do conceito e uma

exposição doutrinária das diferentes correntes que capitaneiam a discussão atual, pretendo tratar das conquistas que foram alcançadas ao longo do tempo no tema que nos compete, sejam elas conquistas normatizadas, sejam conquistas logradas no âmbito da jurisprudência.

Procurei empregar, em minha exposição, uma metodologia histórica, completada por uma revisão da literatura jurídica pela análise da jurisprudência, especialmente, do Superior Tribunal de Justiça, que talvez seja a que melhor consiga transmitir os valores temporais partilhados pelos tribunais dos diferentes entes federados. A nova dinâmica das fontes do direito, que alça a um novo patamar o precedente jurisprudencial, também justifica a concentração da nossa análise nesta Corte superior, uma vez que uma pesquisa tribunal por tribunal, muito embora animada pela hipotética percepção sociocultural diferente de cada rincão do país, poderia restar prejudicada.

O que cada um dos ouvintes deve ter em conta para a perfeita compreensão desta palestra é que, quando falamos de entidades familiares na perspectiva do direito e seu reconhecimento jurídico, queremos nos ater apenas à concessão, a certas manifestações sociais, de efeitos jurídicos decorrentes do direito de família ou a ele unido, como, por exemplo, a obrigatoriedade da prestação de alimentos, a proteção do bem de família, a definição da sucessão legítima e de questões previdenciárias etc.

Em outras palavras, a definição de uma manifestação social como família, faz incidir sobre ela efeitos jurídicos decorrentes do direito de família. Manifestações sociais que não consubstanciam um paradigma familiar, contudo, não estão desprotegidas ou desatendidas pelo direito. A Súmula 380 do STF proveio, justamente, da necessidade de se proteger determinadas situações sociais com repercussão jurídica e foi assim que, por muito tempo, famílias constituídas sem casamento foram patrimonialmente protegidas. No entanto, no estado da arte, a vanguardista Súmula deverá ser afastada quando for analisada uma entidade familiar explicitada ou incluída implicitamente pela Constituição, pois o mecanismo disponibilizado pelo Direito de Família deve ter ascendência sobre construções de cariz obrigacional¹.

Feita esta contextualização, passemos à análise da evolução do instituto da família no direito brasileiro.

¹ Paulo Lôbo defende que “a Súmula nº 380 perdeu sua função histórica de realização alternativa de justiça, pois o impeditivo que visava a superar (exclusão das famílias fora do casamento) deixou de existir” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em 24 abr. 2021).

2. Idas e vindas do conceito de família sob a perspectiva de seu tratamento constitucional: o percurso histórico-evolutivo no direito nacional

Falar das novas entidades familiares recomenda analisar, em um transcurso histórico brevíssimo, como o tema evoluiu no país desde sua primeira Constituição, a Constituição Imperial de 1824. Dos textos normativos, excepcionando os atos infralegais, cujo propósito é disciplinar amiúde (no caso concreto) o funcionamento das engrenagens institucionais, mas sem representar uma mudança efetiva na axiologia do ordenamento, são as Constituições que demonstram, mais de perto, as mudanças sociais e ideológicas que ocorreram na sociedade.

A primeira Constituição brasileira, elaborada na sequência à Proclamação da República, muito embora dotada de ideais liberais, manteve estrito vínculo com a Igreja católica, prevendo o casamento religioso como a única fonte formal da família.

Posteriormente, nossa primeira Constituição republicana, a de 24 de fevereiro de 1891, na linha do que fora editado pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, desvinculou a instituição matrimonial da religião, instituindo o casamento civil de celebração gratuita, que passou a ser o único ato jurídico capaz de constituir família. A mesma linha foi mantida pela Constituição de 1934, que, diferentemente das anteriores, consagrou um capítulo especial para a família, sendo a precursora na defesa desta instituição. Durante a constituinte muito se debateu sobre a introdução do divórcio, na corrente do que vinha ocorrendo em solo europeu, contudo, predominou a ideologia católica, mantendo-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A Constituição do Estado Novo, de 10 de novembro de 1937, muito embora tenha trazido a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, e encarregado o Estado de proteger a infância e a juventude, manteve o casamento civil como único ato capaz de constituir família, apesar de poucos meses antes, a Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, ter estendido os efeitos civis ao casamento religioso. Além disso, o casamento continuou como um vínculo indissolúvel, o que foi mantido pelas Constituições seguintes, a de 1946, a de 1967 e mesmo pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Apenas em 1977, com a Lei nº 6.515, o casamento passou a poder ser dissolvido após prévia separação judicial por três anos (art. 175, EC nº 1/69).

O panorama familiar foi radicalmente alterado com a Constituição de 1988, que introduziu uma conceituação mais ampla da entidade familiar para efeitos de proteção do Estado². Até então, a ordem jurídica brasileira apenas reconhecia a família

² “[A Constituição de 1988] [a]mpliou o reconhecimento da formação familiar, alterando o panorama tradicional, sedimentou a igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal para o homem e a mulher (§ 5º), regra que deriva do direito natural e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como as hipóteses de dissolução do casamento pelo divórcio, estabelecendo a forma direta após dois anos de separação de fato e a conversão da separação em divórcio após um ano de

decorrente do casamento como “legítima”, sendo todo arranjo familiar não provindo do casamento considerado marginal³. A partir da Carta de 1988, especificamente de seu art. 226, a tipologia familiar foi enriquecida, com a previsão expressa da família matrimonial, da convivencial e da formada por qualquer dos pais e seus descendentes, e o reconhecimento implícito de outras entidades familiares⁴, sendo tal previsão o corolário da mudança do eixo protetivo da Constituição do instituto “família” para as pessoas humanas que a integram.

Na feliz síntese de Carlos Alberto e Adriana Dabus Maluf⁵:

A mentalidade da sociedade contemporânea mudou, e o casamento em sua forma tradicional passou a representar somente mais uma das formas de relacionamento familiar. Assim, a Constituição compreende a família em seu aspecto sociológico, que, por sua vez, permite um significado plúrimo, em que ao lado da família nuclear, que pode ou não ser fundada no casamento, reconhecem-se outros tipos de família, com diversas formas de constituição. Visou, pois, harmonizar as normas com os fatos concretos.

Traçado esse quadro e contextualizado o tema em nossa evolução sociológica e na história constitucional, examinemos mais detidamente as entidades familiares que a realidade concreta nos oferece e a quais nossa doutrina e nossos tribunais têm

ruptura da vida em comum (§ 6º)” (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63). José Fernando Simão, por seu turno, considerando as alterações promovidas pela EC 66/2010, defende que “[c]om a aprovação da PEC, fica definitivamente BANIDA DO SISTEMA A SEPARAÇÃO DE DIREITO, seja ela judicial (arts. 1571 e segs. do CC) ou extrajudicial (lei 11.441/07)” (SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de Direito de Família. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/652/A+Pec+Do+Div%C3%B3rcio%3A+A+Revolu%C3%A7%C3%A3o+do+S%C3%A9culo+em+Mat%C3%A9ria+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em 25 abr. 2021)

³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. As entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

⁴ “Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em 24 abr. 2021).

⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64.

estendido o manto protetivo do Estado, reconhecendo, de fato e de direito, como família⁶.

3. Estado da arte: as entidades familiares e seu reconhecimento pela jurisprudência

Não é novidade que sempre que trato da evolução da família, no Brasil, gosto de usar a parábola da “foto sobre a lareira” para simbolizar o retrato de cada época. Desta vez não será diferente. As imagens fotográficas das famílias foi evoluindo à medida que o tempo passou e a própria realidade mudou. Hoje, as fotos não tenderiam a ser tão semelhantes como o eram nos séculos passados.

Seguindo a linha evolutiva que adotamos no tópico anterior e recortando nossa análise temporal a partir da Independência do país, a foto que encontraríamos na maior parte das famílias durante o século XIX e primeira metade do século XX era a de um pai e uma mãe, inexoravelmente casados, acompanhados de vários filhos, todos bem apumados e com postura afetada. Se bem que existissem relacionamentos extraconjugais e “sociedades de fato”, a tradição social, de forte cariz católico, apenas considerava família aquela estabelecida pelo casamento, vindo a proteção estatal e os efeitos jurídicos a serem privilégios desta.

Já no final deste período e como fenômeno catalisado pelas grandes guerras mundiais, pela cultura progressivamente contestante e subversiva, pela consolidação do eixo econômico nos centros urbanos, para ficarmos com algumas causas, tomam corpo novas manifestações familiares e mesmo a família matrimonial é balançada – o número de filhos diminui, as mulheres cada vez mais trabalham fora de casa, os próprios trejeitos e vestuário aparecem diferentes nas fotografias.

Esse movimento evolutivo está próximo de alcançar seu clímax nos anos que se seguirão aos nossos, mas isso ainda é pura especulação. O que nos cabe pontuar, mesmo que sem a necessária distância histórica que a metodologia sociológica exige, é que a instituição familiar, durante muito tempo sacramental, hoje secularizada⁷, já

⁶ Em trabalho recente, escrevi que “questão fulcral para o estudo de todos os juristas ‘familiaristas’ é o entendimento de quais são as famílias *sociologicamente* existentes e se tais famílias podem ser reconhecidas *juridicamente* como tal. Isso envolve grande sensibilidade por parte do jurista, e é questão cuja solução perpassa o próprio entendimento da evolução das famílias enquanto fatos da vida que são” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As novas entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2).

⁷ “No final do século XIX, com o apogeu do Estado, este passou a regulamentar o casamento, levando-o à secularização e laicização. O casamento passou a ser definido como um contrato civil (art. 7, Tít. 2, da Constituição francesa de 1791), seguido da autorização do divórcio por lei (votada em 20-9-1792)” (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36).

não se resume a uma única manifestação cultural, sendo antes um colorido caleidoscópio, norteado pela valorização da pessoa enquanto indivíduo, pelo pluralismo, pela afetividade e pela solidariedade familiar.

Se fosse possível organizar essas diversas manifestações sociológicas (não necessariamente jurídicas) em categorias, ainda que de forma precária, diríamos que os tipos poderiam se enquadrar dentro (1) das famílias constituídas a partir de um casal, (2) das famílias constituídas a partir de um dos pais ou (3) das famílias constituídas sem nenhum dos pais.

3.1. Famílias constituídas a partir de um casal

Sob a perspectiva da família que surge do vínculo estabelecido entre duas pessoas, podemos identificar diversas manifestações familiares, algumas plenamente admitidas pelo ordenamento pátrio e pela jurisprudência, outras ainda não tuteladas juridicamente. Destas manifestações, as duas basilares são o casamento e a união estável⁸. A partir delas se desenvolvem todas as outras famílias constituídas a partir de um casal, sejam homoafetivas⁹ ou hétero-afetivas; seja a família composta por pais (em sentido geral) e filhos, seja a família exclusivamente conjugal ou convivencial; sejam os filhos biológicos ou adotivos, independentemente se bilaterais ou unilaterais.

Lafayette Rodrigues Pereira, em lição clássica, hoje não mais atual, ensinava que o casamento era “o acto solemne pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para

⁸ “[A]inda que se trate de categorias de núcleo familiar, com efeitos jurídicos próprios, há que se reconhecer uma significativa distinção entre o casamento e a união estável. O primeiro, por pressupor a expressa manifestação de vontade dos nubentes, encerra, desde logo, uma segurança jurídica que não se verifica, de plano, na segunda. Nessa (na união estável), diversamente, por se tratar de um estado de fato, demanda, para a sua conformação e verificação, a reiteração do comportamento do casal que revele, a um só tempo e de parte à parte, a comunhão integral e irrestrita de vidas e de esforços, de modo público e por lapso significativo” (REsp 1.454.643/RJ, STJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, dj. 03/03/2015).

⁹ “De fato, no próprio Supremo Tribunal Federal, houve divergência sobre a natureza da união homoafetiva: tratar-se-ia de um núcleo existencial subsumível ao conceito vigente de ‘união estável’ ou de uma ‘outra modalidade de ente familiar’? Bem, nesse profundo contexto, pensamos que pouco importa reconhecer-se a união homoafetiva como uma ‘união estável’ ou como uma ‘nova modalidade familiar’, pois, a premissa intransponível e mais relevante é que se trata, efetivamente, de uma ‘família’, merecedora de respeito, e, dado o seu reconhecimento constitucional — na perspectiva da dignidade humana — também de tutela jurídica, com a aplicação analógica das regras atinentes à relação de companheirismo heterossexual, com os direitos e deveres daí decorrentes” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. As entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2). Paulo Lôbo, por seu turno, entende que a união homossexual e a união estável são entidades completamente distintas (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em 24 abr. 2021.).

sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida”¹⁰. O clássico escritor ainda apontava que a geração de filhos era um dos principais intuitos do casamento. Para o direito de família do século XXI, não só a procriação deixa de ser vista como finalidade precípua do casamento¹¹, como tanto o princípio da indissolubilidade (“se unem para sempre”) cede e o casal já não precisa ser de sexos diferentes, a despeito da literalidade de artigos, como 1.514, 1.517, 1.565 ou 1.567, todos do Código Civil. Isso porque a Resolução nº 175 do CNJ, de 14 de maio de 2013, permitiu a habilitação, celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo¹².

Também a família em que o vínculo que une o casal tem natureza de união estável pode ser formada por companheiros heterossexuais ou homossexuais¹³, ostentando *status* de entidade familiar constitucionalmente reconhecida (art. 226, § 3º, CF). Já não mais se admite encarar a união estável como espécie de concubinato tal qual se fazia na esteira do Código Civil de 1916 – o concubinato puro, isto é, aquele em que não havia impedimentos matrimoniais¹⁴. A união estável, apesar de sua informalidade, também não se confunde com um namoro qualificado¹⁵, na medida em que o objetivo precípuo de constituir família, presente naquela, não existe neste.

Ambas as entidades familiares podem ser constituídas apenas pelo casal, hétero ou homoafetivo, como podem contar com casal e filhos, independentemente se biológicos ou adotivos. À família composta apenas pelo casal costuma designar de família exclusivamente conjugal ou convivencial, decorrendo este estado ou porque as duas

¹⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia e Comp., 1918. p. 29.

¹¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 88-89.

¹² No REsp 1.183.378/RS (relator Ministro Luis Felipe Salomão, dj. 25/10/2011), o STJ já tinha decidido inexistirem óbices à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo.

¹³ O STF, nos acórdãos prolatados no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo, vindo, recentemente, no RE 646.721/RS, confirmar que às uniões estáveis homoafetivas se aplicam os mesmos preceitos aplicáveis às uniões heterossexuais.

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 701, mar. 1994.

¹⁵ “[O] propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado ‘namoro qualificado’ –, não consubstancia mera proclamação, **para o futuro**, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar **presente** durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. **É dizer: a família deve, de fato, restar constituída**” (REsp 1.454.643/RJ, STJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, dj. 03/03/2015 – grifos no original).

pessoas ainda não decidiram ter filhos, ou porque não os podem ter, ou, em um terceiro cenário, porque optaram em definitivo por não os ter¹⁶.

A respeito da família constituída por casal e filhos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no art. 25, *caput* e parágrafo único, cunhou as expressões “família natural”, composta por um dos pais ou ambos e filhos, e “família extensa ou ampliada”, formada pelos membros da família natural mais os parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém laços de afetividade.

Além dessas expressões, os arts. 28 e seguintes também do ECA disciplinam a “família substituta”, entendida como aquela formada pela criança ou adolescente e um ou mais responsáveis por meio de guarda, tutela ou adoção (*caput*), desempenhadas no interesse do menor e tendo em consideração o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade (§ 3º).

Uma última entidade familiar, juridicamente protegida, constituída a partir de um casal é a denominada família reconstituída, composta, pluriparental ou mosaico¹⁷. Trata-se de família composta a partir da ruptura de vínculos familiares anteriores, com a inclusão, na nova família, dos filhos da união anterior (filhos unilaterais) e também daqueles que o casal tiver em comum¹⁸.

À parte estas entidades familiares até aqui mencionadas, existem, ao menos, outras duas formas socialmente existentes de “família” constituídas a partir de um casal, que, em razão do estigma social, não recebem qualquer proteção jurídica: trata-se das famílias paralelas ou simultâneas e das famílias poliafetivas.

Famílias paralelas ou simultâneas são aquelas em que há a criação de duas ou mais famílias que têm em comum o fato de uma mesma pessoa figurar em todas elas, sem que haja conhecimento ou consentimento dos outros envolvidos. Estruturalmente, há

¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As novas entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

¹⁷ Rodolfo Pamplona Filho discorda se tratar de modalidade autônoma. Para ele, a “família mosaico” seria “um fenômeno de agrupamento de modalidades” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. As entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.).

¹⁸ A posição defendida por Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Dabus Maluf a respeito da família pluriparental é bastante curiosa: segundo eles, “o vínculo que permanece entre os pais e os filhos nas famílias mosaico é de monoparentalidade, mesmo porque permanecem inalteradas as relações parentais – que englobam direitos e deveres – dos pais com os filhos. A lei pátria confere a possibilidade de adoção pelo companheiro do cônjuge do genitor, configurando a chamada adoção unilateral, à luz do disposto no art. 1.626, parágrafo único, do CC e no art. 41, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), permanecendo, porém, a obrigatoriedade de anuência do pai registral” (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41).

famílias paralelas quando uma pessoa que já possui relação conjugal ou convivencial constitui nova e concomitante união estável com terceiras pessoas em relação ao primeiro vínculo¹⁹. Nesse sentido, há a formação simultânea de mais de um núcleo familiar.

O Código Civil cuida do tema sob a denominação de “união concubinária” nos arts. 1.723, § 1º, 1.727 e 1.801, III. O tema, porém, é objeto de acesa controvérsia jurisprudencial em relação a seus efeitos sucessórios e previdenciários²⁰, o que deverá ser definido muito em breve, uma vez que o STF certificou a existência de Repercussão Geral no RE 883.168, que discute a possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários. O pleito está concluso ao relator, Ministro Dias Toffoli, desde 10 de setembro de 2020.

Também a doutrina se divide. De meu lado, entendo que a análise da juridicidade das famílias paralelas deve ser feita casuisticamente, sendo absolutamente possível seu reconhecimento dependendo dos interesses em jogo no caso concreto.

Diferentemente, na família poliafetiva, o relacionamento múltiplo, aberto e simultâneo de três ou mais pessoas forma um único núcleo familiar. Rodolfo Pamplona Filho, acertadamente, ainda acrescenta que os partícipes conhecem-se uns aos outros e se aceitam²¹. Estruturalmente, trata-se de um relacionamento não monogâmico consentido, em que seus atores, por ato voluntário, mitigam o dever de fidelidade, ao menos no sentido de “exclusividade”.

Apesar de ser uma realidade social, inclusive reconhecida como família por setores importantes da doutrina, o Conselho Nacional de Justiça ainda resiste em aceitá-la, o

¹⁹ “[D]entro da lógica das famílias paralelas, há de se pontuar que elas só são possíveis quando se envolve um casamento ou união estável e outras uniões estáveis. Não é possível casamento na primeira relação e outro casamento na segunda porque isso consistiria em bigamia (e, em tese, o registro sequer seria possível), cf. expressamente veda o art. 235 do Código Penal de 1940” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As novas entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2).

²⁰ Por exemplo, no REsp 1.682.423/MA, relatado pela Min. Maria Isabel Gallotti (dj. 30/08/2017), foi afirmado que “é assente na jurisprudência pátria, à luz do impedimento previsto no art. 1.723, § 1º, do Código Civil, a impossibilidade de se reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado”. Em sentido diverso, tem-se acórdão que deu provimento em parte a recurso para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária realizada em favor de concubina, considerando a particular situação dos autos, “em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas”, o que demandaria solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito (REsp 100.888/BA, STJ, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, dj. 12/03/2001).

²¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *As entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

que ficou bem demonstrado na decisão que proibiu a lavratura de escritura pública de uniões poliafetivas (Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000, relator Ministro João Otávio de Noronha, dj. 26/06/2018)²².

3.2. Famílias constituídas a partir de um dos genitores: família monoparental

Certas famílias são constituídas apenas por um dos responsáveis, seja pela razão de manter seu *status* de solteiro, pela separação, divórcio ou ainda pela viuvez²³. Em doutrina, emprega-se a expressão “família monoparental” para designar a entidade familiar, estruturalmente, composta por um dos responsáveis e os filhos.

O fenômeno não é novo, em especial quando consideramos que sempre existiram mães solteiras ou abandonadas com os filhos. Mas, no Brasil, o fenômeno só foi reconhecido como uma categoria jurídica específica, quando do advento da Carta Constitucional de 1988, que a previu no art. 226, § 4º (“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”).

As famílias monoparentais podem ser classificadas em originárias ou supervenientes²⁴. Originárias são as monoparentais já em sua constituição, como no caso da mãe solteira, na maternidade independente ou ainda na adoção por adotante solteiro (art. 42, ECA). As famílias monoparentais supervenientes, por seu turno, derivam da fragmentação de um núcleo familiar originalmente composto por duas pessoas, como na viuvez, na separação de fato ou no divórcio. Independentemente da classificação, todavia, os efeitos jurídicos serão sempre os mesmos.

²² Na ementa do acórdão, o relator anotou que “[a] diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico”. Acrescenta, na sequência, que “[a] sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar”.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22.

²⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. As entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

3.3. Famílias constituídas sem nenhum dos pais

Dentro da última categoria se inserem as entidades familiares formadas sem a presença de um progenitor ou responsável. São duas, principalmente, as manifestações sociais que poderiam ser, aqui, incluídas, independente se seu reconhecimento jurídico: (1) a família anaparental e (2) a família unipessoal.

A família anaparental é a formada sem a figura dos ascendentes ou dos responsáveis. Trata-se normalmente de família formada por irmãos que ficam órfãos e nas quais uns cuidam dos outros mutuamente, com especial acento no cuidado dos mais novos pelos mais velhos quando há menores, ou no cuidado do juridicamente incapaz pelo capaz.

Apesar de não ser prevista em lei, a jurisprudência tem reconhecido o núcleo anaparental como categoria de família, rompendo com os liames que atrelam a existência de um grupo familiar à diversidade de gênero e a fins reprodutivos²⁵. A tutela deste tipo de família tem aparecido especialmente para fins de autorização de adoção conjunta por irmãos ou para aplicar-se o disposto na Lei nº 8.009/90²⁶.

Família unipessoal, por seu turno, é aquela composta por apenas uma pessoa. Pode ser exemplificada por “indivíduos viúvos ou solteiros que vivem sem a convivência familiar direta e cotidiana com outras pessoas”²⁷. Sua existência foi reconhecida pelo STJ para fins de se estender a garantia da impenhorabilidade do bem de família a imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas (Súmula 364)²⁸.

Apesar do intuito protetivo do posicionamento do STJ, não se pode deixar de pontuar que um único indivíduo não compõe uma entidade familiar, que pressupõe pluralidade de pessoas. Nesse sentido, aliás, Paulo Lôbo é eloquente quando afirma²⁹:

Dir-se-á que a inclusão da pessoa solitária no conceito de entidade familiar é relativa, ou seja, para fins da lei de impenhorabilidade do bem de família, no que concordo, na medida em que tenho o princípio da afetividade como fundamental para essa qualificação; afetividade somente pode ser

²⁵ REsp 1.217.415/ RS, STJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe. 19/06/2012.

²⁶ REsp. 159.851/ SP, STJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJe. 22/06/98.

²⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As novas entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

²⁸ Súmula 364 – “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em 24 abr. 2021.

concebida em relação com outro. A situação do que vive só é de entidade familiar equiparada, para fins legais, o que não transforma sua natureza.

Fica claro, contudo, que o princípio inclusivo do art. 226, CF admite que mesmo uma entidade familiar equiparada seja protegida como família, na medida em que atende à dignidade humana e ao princípio do melhor interesse das pessoas, sem violar o texto legal, no caso a Lei nº 8.009/90, que “não determina expressamente o número de pessoas que devem compor a unidade familiar para sua aplicação”³⁰.

4. Conclusão

As entidades familiares evoluem com o tempo e dialogam com o ambiente social em que se inserem. Muitas manifestações consideradas “família” correspondem, na verdade, a fenômenos sociais, mas ainda sem produzir efeitos jurídicos de Direito de Família.

O direito brasileiro evoluiu de modo a incluir e dispensar tutela jurídica a cada vez mais e mais diversas formas de agrupamento social, seja para viabilizar a realização da dignidade humana, seja para resguardar eu patrimônio pessoal mínimo. Essa tendência vem referida na Constituição Federal em vigor, que expressa ou implicitamente protege entidade familiares diferentes do modelo matrimonial tradicional que preponderou até bem pouco tempo atrás em nosso sistema jurídico.

Essas novas entidade familiares juridicamente protegidas, muito mais que apontar para um Direito de Família cada vez mais inclusivo e democrático, apontam também para a vivacidade da realidade social, que não pode ser ignorada sob a justificativa da manutenção de valores particulares ou da preservação de uma dogmática tradicional que, sedimentada ao longo do tempo, experimenta, no esquema líquido da pós-modernidade, uma completa reformulação.

5. Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável: antiga forma de casamento de fato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 701, mar. 1994.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As novas entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio*

³⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40.

(Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em:

http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em 24 abr. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. As entidades familiares na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Virgilio Maia e Comp., 1918.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de Direito de Família. Disponível em

<https://ibdfam.org.br/artigos/652/A+Pec+Do+Div%C3%B3rcio%3A+A+Revolu%C3%A7%C3%A3o+do+S%C3%A9culo+em+Mat%C3%A9ria+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em 25 abr. 2021.

O Direito Civil na Pós-Modernidade*

Francisco Amaral

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

1. Introdução

“Pós-moderna” é denominação que freqüentemente se usa para rotular a sociedade contemporânea. Surgiu no final dos anos 50, na literatura norte-americana, donde passa durante a década de 60 para as artes,¹ a sociologia,² a política, e a ciência, de modo geral.³ É um conceito extremamente ambíguo e indeterminado, exprimindo idéias diversas que têm, como denominador comum, a idéia de crítica e desconstrução da modernidade estética e científica da primeira metade do século XX, “numa tentativa de encontrar uma nova forma de ser do seu tempo”.⁴ O prefixo *pós* não teria assim o significado histórico de continuidade mas, ao contrário, o de oposição, recusa e resistência ao pensamento moderno.⁵ A *pós-modernidade*, mais do que uma nota específica na história da cultura, designaria um paradigma, donde a expressão corrente de *paradigma da pós-modernidade* para designar uma antítese, ou contradição, com os

* Com este artigo associo-me à justa e merecida homenagem que amigos e colegas de Francisco Vieira Lima lhe prestam pelos seus trinta anos de magistério na conceituada Universidade Federal do Espírito Santo.

¹ Carlos Ceia. *O que é afinal o pós-modernismo*, Lisboa, Edições Século XXI, 1998, p. 12. Anthony Giddens. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Fernando Luís Machado e Maria Manuela Rocha, Oeiras, Celta Editora Ltda, 1992, p. 1.

² Daniel Bell. *O advento da sociedade pós-industrial: numa tentativa de previsão social*. Tradução de Heloy de Lima Dantas, São Paulo, Cultrix, 1977.

³ Jean Baudrillard. *La Société de consommation*, 1970; *Pour une critique de l' économie politique du signe*, Paris, Gallimard, 1972.

⁴ Carlos Ceia, op. cit. P. 20.

⁵ Boaventura de Souza Santos. *Introdução a uma ciência pós-moderna*, 2ª edição, Porto, Edições, Afrontamento, p. 169.

modelos da época moderna. Esse novo paradigma traduziria assim, a “decomposição da imagem clássica da sociedade”, a “ruptura com a experiência dos últimos séculos”,⁶ a degenerescência que atravessa todas as disciplinas.⁷ Ou, se preferirmos, representaria uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas de sistema único, de razão totalizadora, identidade e objetividade, progresso ou emancipação universal, próprias do iluminismo. Partindo-se do pressuposto de que o conhecimento muda com o advento da sociedade pós-industrial, o mundo passa a ser visto como contingente, instável, imprevisível, gerando-se um certo grau de ceticismo em relação à objetividade da verdade.⁸

A sociedade contemporânea, pós moderna ou pós-industrial, é uma sociedade “pluralista, complexa, marcada pela revolução da técnica, pela mundialização da economia, pela massificação dos meios de comunicação”. Dado o notável desenvolvimento científico e tecnológico das últimas décadas é reconhecidamente a sociedade do conhecimento e da informação. Será admissível pensar que os modelos jurídicos vigentes, herdados da sociedade moderna, são aptos para responder aos desafios que esse desenvolvimento suscita? Como escrevi algures, a época atual já não é própria para a sistematização e as grandes sínteses, mas sim para a análise crítica e a desconstrução dos sistemas vigentes, sob a égide de princípios jurídicos que dão maior eficácia, garantia e legitimidade à matéria privada. Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para a qual os tradicionais modelos jurídicos já se mostraram insuficientes, impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas “estruturas jurídicas de resposta”, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança, em uma sociedade em rápido processo de mudança.

O Direito é uma ciência prática.⁹ É um saber para a ação e para o comportamento social. No exercício dessa prática, orienta-se por determinados princípios e regras que formam um projeto político-filosófico, cuja finalidade é realizar determinadas idéias ou objetivos

⁶ Alain Touraine. *Crítica da Modernidade*. 5ª edição, Petrópolis, Editora Vozes, 1998, p. 374.

⁷ Boaventura de Souza Santos, op. cit., p. 18.

⁸ Terry Eagleton. *As ilusões do pós-modernismo*, tradução de Elizabeth Barbosa, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1998, p. 7. Jean François Lyotard. *A condição pós-moderna*, tradução de José Bragança de Miranda, Lisboa, Gradiva, 1989, p. 15.

⁹ Aristóteles, *De anima*, III, 9, 432, apud José Maria Martínez Doral. *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963, p. 13.

fundamentais para a sociedade. São esses os valores, fundamento e legitimação da ordem jurídica.¹⁰ O Direito é, assim, uma realidade social e cultural, que somente se compreende com referência e conhecimento dos valores que constituem sua finalidade e razão de ser.¹¹ O Direito liga-se à moral, o que se demonstra com a positivação na Constituição de "princípios de uma moral universal",¹² que estabelece, de modo geral, o *deve ser*, e liga-se também ao *poder*, seja ele a força física, que é monopólio do Estado (instituições judiciárias), seja o poder ideológico ou o poder econômico.¹³

O Direito é também um fenômeno histórico, relativo a sociedades concretas.¹⁴ Na sua evolução, a partir do direito romano e passando pelo direito medieval, até à sociedade contemporânea, fase de grande importância é a idade moderna, ou tempos modernos,¹⁵ dominada pela *subjetividade* e pelo *racionalização*, de que resultaram os modelos jurídicos que formam o chamado *paradigma da modernidade*. Entende-se aqui a subjetividade com o sentido hegeliano de liberdade e reflexão individual,¹⁶ expressas no individualismo e na liberdade de agir. E racionalização, no sentido weberiano de processo de organização social sob o primado da razão, característico da modernidade ocidental,¹⁷ do que resultava não só a erradicação de práticas mágicas, religiosas, pré-modernas, como também a representação geométrica do mundo, de que é exemplo a adoção da idéia de sistema. No processo de racionalização há que distinguir ainda a razão prática (que devo fazer?) da razão teórica (que posso saber?), e a razão formal, ou instrumental, da razão material. O direito utiliza a razão prática, instrumental, que é aquela em que se indica

¹⁰ Valores jurídicos fundamentais são a justiça, a segurança jurídica, o bem-comum. Cf. Francisco Amaral. *Direito Civil. Introdução*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 15 e segs; Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996.

¹¹ Amaral, op., cit., p. 14.

¹² Manuel Atienza. *El sentido del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, p. 13. Cf. ainda Edgar de Godói de Mata-Machado, *Elementos de teoria geral do direito*, Belo Horizonte, 1981, p. 27-30, apud César Fiuza, *Direito Civil*, 4ª edição, Belo Horizonte, Delrey, 2001, p. 31 e 32.

¹³ Atienza, op., cit., p. 115 e segs.

¹⁴ Idem, op., cit., p. 34.

¹⁵ Jürgen Habermas. *O Discurso Filosófico da Modernidade*, Lisboa, Dom Quixote, 1990, p. 16.

¹⁶ Idem, op., cit., p. 27.

¹⁷ Bruno Oppetit. *Droit et Modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 3. Anthony J. Cascardi. *Subjectivité et modernité*, Paris, PUF, 1992, p. 21.

quais são os meios para alcançar determinado fim, mas não diz porque se elegeu tal fim, o que seria objeto da racionalidade material.¹⁸

2. O paradigma da modernidade. O Estado moderno ou Estado de Direito

2.1. O projeto político-filosófico da modernidade. As ideias dominantes

O direito é uma ordem de comportamento e organização social que se modela em um projeto político-filosófico cuja finalidade é realizar idéias básicas que formam a ética da comunidade e que, por isso mesmo, se chamam de valores. Como tal, o direito é um fenômeno cultural que somente se compreende com referência aos valores que o fundamentam e legitimam. Ora a modernidade é um projeto ocidental que se distingue pela cultura e a organização social que emergem na Europa no séc. XVII. Segundo Weber¹⁹ sua marca seria a racionalização, sob a forma de burocracia.

A idéia de *modernidade* liga-se, assim, à de *racionalização*. A razão como princípio básico de organização da vida pessoal e coletiva.²⁰ Mas, além da razão, outros princípios há que assinalar, para que se tenha uma compreensão global desse projeto e de sua influência no direito contemporâneo.

Foi Hegel o primeiro filósofo a desenvolver um conceito preciso de modernidade. Os tempos modernos seriam os que se iniciam à volta de 1500, com a descoberta do Novo Mundo, o Renascimento e a Reforma.²¹ Seu princípio fundamental seria a *subjetividade*,

¹⁸ Manuel Segura Ortega. *La Racionalidad Jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1998, p. 19.

Sobre os diversos tipos de razão consulte-se J. Ferrater Mora. *Dicionário de Filosofia*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1975, II, p. 527, e ainda André Lalande, *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, 1ª edição brasileira, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 919. Em ambos se distingue a razão *teórica* ou *especulativa*, aquela que diz respeito exclusivamente ao conhecimento, e nesse caso fundamenta a ciência, da razão *prática*, a que se refere aos princípios *a priori* da ação, quer dizer, a regra moral. Cfr. ainda Hilton Japiassú. *A crise da razão e do saber objetivo*, São Paulo, Editora Letras & Letras, 1996, p., 67 e segs.

¹⁹ Max Weber, *Economia e Societ *, volume segundo, Milano, Edizioni di Comunità, 1968, p. 299.

²⁰ Bruno Oppetit, op e loc. cit.

²¹ Habermas, op., cit., p. 17.

categoria que diz respeito ao ser humano como sujeito atuante, particular, livre, “impulsionado para a abstração”. A subjetividade culminaria no *individualismo*, com sua *autonomia e liberdade de ação*.

Os acontecimentos históricos que levaram à consolidação desse princípio foram a *Reforma*, o *Iluminismo* e a *Revolução Francesa*.²² Com a primeira, proclama-se a liberdade e a soberania do sujeito e do seu pensamento contra a fé na autoridade da prédica e da tradição. Com a Declaração dos Direitos do Homem e o Código Civil francês, consagra-se o princípio da autonomia da vontade. Com o iluminismo, defende-se o primado da razão em todos os campos da experiência humana²³ e, no campo do direito, a existência de normas absolutas e universalmente obrigatórias.²⁴

Com a Revolução Francesa, “que marca o fim do antigo regime absolutista e o começo da instauração dos regimes liberais”, surge o Estado de Direito.²⁵ Sua importância para o direito privado é tanta que permite afirmar-se ser o *direito privado moderno o sistema jurídico que o Estado de Direito exprimiu*.²⁶

Nesse processo histórico, que envolve uma concepção do mundo, (*Weltsanschauung*) quais seriam as idéias dominantes?

Em primeiro lugar, a *razão iluminista*.

O iluminismo foi o movimento intelectual europeu do séc. XVII, o século das luzes, movimento esse iniciado na época do Renascimento e culminante no séc. XVIII, com a revolução científica.²⁷

Caracterizava-se por defender a ciência e a racionalidade crítica contra a fé, as superstições e os dogmas religiosos da idade média e, no plano político, as liberdades individuais e os direitos do cidadão. Ao iluminismo ligava-se diretamente o racionalismo,

²² Cfr. do Autor, op., cit., ps. 113 e 114.

²³ Do Autor, op., cit., p. 44, nota 75.

²⁴ Ernest Cassirer. *A filosofia do iluminismo*, tradução de Álvaro Cabral, Campinas, Unicamp, 1992, p. 327.

²⁵ Elias Diáz. *Estado de Derecho Y sociedade democrática*, Madrid, Taurus Ediciones S.A., 1998, p. 29

²⁶ Pietro Barcellona. *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1996, p. 54.

²⁷ Francisco José Calazans Falcon. *Iluminismo*, 2ª edição, São Paulo, Ática, 1989, p. 8

a doutrina segundo a qual a única fonte do conhecimento seria a razão. No campo jurídico, o racionalismo embasava a doutrina do direito natural, *rectius*, do jusracionalismo, que defendia a racionalização e a sistematização do direito, isto é, a reunião dos princípios e regras num corpo unitário e coerente, o sistema jurídico. A razão iluminista preconizava, assim, a idéia de sistema no direito, do que resultaram os códigos e as constituições do séc. XVIII e XIX. Diz-se, por isso, que a ligação do iluminismo com o jusracionalismo produziu a primeira onda de codificação moderna.²⁸ Os códigos são a representação da sistematicidade do direito,²⁹ e levam ao desenvolvimento do pensamento sistemático na realização do direito.

Outra idéia fundamental era a do individualismo, expressão do princípio da subjetividade, como já aludido, segundo o qual a grande razão de ser do direito seria o próprio indivíduo. Disso resultou a chamada concepção unitária e abstrata do sujeito de direito, seguida pelo Código Civil brasileiro, art. 2º.

A racionalidade formal, ou simplesmente formalismo, pode ser meramente conceitual, quando reduz o direito a um sistema de conceitos ou formas, privadas da historicidade e do conteúdo de cada uma, e pode ser legal (formalismo legal) quando identifica o direito com a lei geral e abstrata, de origem estatal,³⁰ e com a própria justiça. A lei seria justa pelo fato de ser lei, isto é, o que é jurídico é a forma, não a matéria, a relação social. Dessa concepção formalista do direito decorrem a generalidade e abstração das regras jurídicas como também o monismo jurídico, que vê o direito como um sistema unitário, positivo e criado pelo Estado, detentor do monopólio da criação jurídica.

Do formalismo jurídico, às vezes identificado com o positivismo, pois “racionalidade” e “cientificidade” se aproximam resulta, então, que o direito é um sistema completo e coerente, capaz de responder a qualquer questão jurídica, donde a possibilidade de integração, como preenchimento de lacunas, e de raciocínio analógico na solução de

²⁸ Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, 2ª edição, tradução de Antonio Manuel Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 365.

²⁹ Michel Van Der Kerchove e François Ost., *Le système juridique entre ordre et desordre*, Paris, PUF, 1998, p. 11. Algumas consequências da codificação seriam: a) segurança jurídica, pela previsibilidade dos efeitos jurídicos; b) sistematização do saber jurídico, pela ordenação e exposição de toda a matéria jurídica; c) legitimação da decisão jurídica e, d) positivização do direito, consistente na transformação estrutural do sistema jurídico desde o direito natural invariável ao direito gerado pela legislação, variável. Cfr. *Sistema Jurídico y Codificação*, in *El pensamiento jurídico contemporâneo*, Madrid, 1992, p. 204.

³⁰ Manuel Atienza, op. Cit., p. 277.

casos, a partir das normas já existentes. Decorre, também, que, no âmbito do Estado somente ao poder legislativo se reconhece a possibilidade de criar direito, por efeito da doutrina da divisão dos poderes.

Resulta, ainda, que o direito teria um caráter estático, com reduzida possibilidade de mudanças, que poderiam afetar a segurança jurídica, valor supremo do formalismo. Às decisões judiciais chegar-se-ia dedutivamente, por meio de um silogismo de subsunção, em que a premissa maior seriam as regras gerais e abstratas, a premissa menor os fatos concretos da vida real, enquadráveis na hipótese de aplicação da norma, e como conclusão, a consequência jurídica prevista no respectivo dispositivo. Finalmente, a segurança jurídica, a certeza e a previsibilidade, seriam os principais valores ou ideais a atingir. O formalismo seria, por tudo isso, a expressão de um direito sagrado, considerado um fim em si mesmo, o que é incompatível com os problemas de uma sociedade em processo de rápidas mudanças.

2.2. O direito civil do Estado de Direito

Os postulados do Estado Moderno, ou de Direito, são os mesmos do direito privado,³¹ donde a conveniência de se focalizar, agora, o Estado liberal de Direito. Suas principais características seriam:

- a) **o primado da lei**, no sentido de que todos os poderes derivam da lei, que é a realização da vontade popular. E perante a lei, todos seriam iguais (igualdade formal);
- b) **divisão dos poderes**: legislativo, executivo e judiciário, correspondentes a três momentos diversos do processo normativo: formação, aplicação e execução das leis.
- c) **generalidade e abstração das regras jurídicas**. A condição de aplicação das normas jurídicas compreenderia todas as pessoas da comunidade, (generalidade) não apenas determinadas categorias sociais e referir-se-ia a uma classe infinita de ações (abstração), adequadas a hipótese de aplicação, a chamada *fattispecie*;

³¹ Pietro Barcelona, op., cit., p. 54.

d) **distinção entre direito público e direito privado**, entendendo-se aquele como “o conjunto de normas com as quais o Estado determina a própria estrutura organizativa e regula as relações com os cidadãos”;³² as normas de direito privado teriam a sua aplicação deixada à iniciativa individual, tendo assim o particular a disponibilidade do processo, o que é hoje o princípio dispositivo do processo civil. Além disso, as normas de direito privado destinam-se à tutela dos interesses particulares, e não aos da coletividade; seriam dispositivas, no sentido de que permitem ao particular dispor como lhe aprouver, só se aplicando na falta de “expressa vontade contrária dos interesses privados”. Seriam, também, derogáveis.

Em face disso, é de reconhecer-se que o direito privado era o paradigma do direito moderno,³³ e nesse a consideração do Código Civil como o estatuto jurídico *central* no conjunto das fontes do direito, dando-lhe unidade e coerência e também a concepção formal do direito, ou *formalismo jurídico*, segundo o qual o direito se reduziria à norma, donde o sinônimo de *normativismo*.

Por tudo isso, seria admissível considerar-se que a grande contribuição do direito e do Estado moderno foi a *racionalização da vida jurídica*, com a adoção da idéia de sistema, do que o grande exemplo foram os códigos e as constituições do séc. XIX, e ainda o princípio da *subjetividade jurídica*, que estabelecia o indivíduo como causa e razão de ser do direito civil.³⁴

3. A sociedade pós-moderna e as mudanças no Direito Civil

Já vimos que o direito civil, na sua compleição racional e sistemática é paradigma da sociedade moderna. Será também o da sociedade contemporânea?

³² Barcelona, op., cit., p. 57.

³³ Fernando de Trazegnies Gandra. *Postmodernidade y Derecho*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1993, p. 20.

³⁴ Do Autor, op., cit., p. 118.

A sociedade moderna (séculos XVIII-XIX) era o mundo do individualismo, da segurança e da certeza do direito, da igualdade formal, da razão e das liberdades individuais.³⁵ No campo político, foi o tempo do Estado de Direito, que nasceu com a Revolução Francesa, no contexto do liberalismo, donde a preocupação com a garantia jurídico-formal dos direitos e liberdades fundamentais. A ele sucedeu o Estado Social de Direito, nascido com a primeira guerra mundial, caracterizado pela tendência intervencionista no domínio econômico, além da garantia não só dos direitos e liberdades fundamentais como também dos direitos econômicos, sociais e culturais. Seu principal objetivo era a consecução do bem estar social, donde ser também conhecido pela designação de Estado do Bem Estar, ou ainda Estado assistencial, Estado industrial. Distinguiu-se pela preocupação com a igualdade *substancial* em vez da *formal*, do Estado de Direito, e pela solidariedade e a intervenção do Estado na economia, absorvendo atividades econômicas dos particulares e desenvolvendo os serviços públicos.³⁶

Ao Estado Social sucedeu o Estado Democrático de Direito que se caracteriza pela “institucionalização da convergência da democracia e do socialismo³⁷ superando o neocapitalismo próprio do Estado Social de Direito. A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.³⁸

E a sociedade contemporânea?

Particularmente na segunda metade do séc. XX, revoluções na ciência e na tecnologia provocam-lhe sensíveis mudanças. A medicina, com a descoberta de novos fármacos e a realização de transplantes, a biologia, com as novas técnicas de reprodução assistida, controle da hereditariedade e engenharia genética, e, principalmente, o advento da tecnologia da informação, com a rapidez na transmissão do conhecimento, tudo isso contribui para mudanças radicais na sociedade contemporânea, e a tornam completamente diversa da anterior. Pode-se, por isso afirmar, que se vive hoje na sociedade pós-moderna ou pós-industrial, dominada pelo conhecimento científico e pela

³⁵ Richard Tarnas. *A Epopéia do Pensamento Ocidental*. Tradução de Beatriz Sidou, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999, p. 306.

³⁶ Barcelona, op., cit., p. 109. Segundo este autor, postulados do Estado Social seriam: a) igualdade material versus igualdade formal; b) coexistência da esfera econômica com a esfera política; c) princípio da solidariedade e intervenção do Estado na economia, op., cit., ps. 107 a 110.

³⁷ Elias Díaz, op., cit., p. 113.

³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º.

riqueza de informações, marcada pelo pluralismo e por elevado grau de complexidade, pela revolução da técnica, pela mundialização da economia e pela massificação dos meios de comunicação. De tudo isso decorre uma natural inadequação das fontes, dos institutos e da metodologia jurídica herdada dos séculos XVIII e XIX, próprias de uma sociedade e de um Estado bastante diversos do contemporâneo, o que leva a falar-se em crise. Mas o que está em crise não é a realidade, que se transforma continuamente. O que está em crise são os “modelos mentais de compreensão dessa realidade”,³⁹ e, no campo do direito, é o pensamento jurídico próprio do “sistemático dogmático-conceitual próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo legalista do séc. XIX”.⁴⁰

Estabelecidas, assim, as características dominantes da sociedade pós-industrial, o que ocorre no direito que permita afirmar a superação do paradigma da modernidade? Em um conspecto geral e global, apontaríamos o seguinte:

- a) a incapacidade do direito moderno de responder a questões fundamentais, como, por exemplo, a justiça social, o bem-comum, e as pertinentes ao início e fim da personalidade e dos seus efeitos, assim como também a “inadequação metodológica relativamente ao problema concreto específico da realização do direito”;⁴¹
- b) um certo retorno ao irracionalismo, no sentido de oposição à *razão totalizadora* do pensamento jurídico da modernidade;⁴²
- c) a passagem da individualismo ao solidarismo, ou solidariedade social, expressa na nova concepção de pessoa, não mais o sujeito abstrato e formal da modernidade, mas a pessoa engajada no seu meio social;

³⁹ Danilo Santos de Miranda in De Masi. *A sociedade pós-industrial*, p. II.

⁴⁰ Castanheira Neves. *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 25.

⁴¹ Castanheira Neves. op., cit. p. 17.

⁴² Arthur Kaufmann. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Segunda edición, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis S.A., p. 9

d) o pluralismo das fontes de direito e a importância crescente dos princípios jurídicos na gênese da norma jurídica aplicável ao caso concreto;

e) a possibilidade e o reconhecimento da individualização e concretude das normas jurídicas que levam em consideração os aspectos particulares dos casos concretos;

f) a perda da certeza jurídica, a insegurança e a incerteza no direito⁴³ com a conseqüente imprevisibilidade do que resulta a afirmação de que vivemos em uma sociedade de risco;⁴⁴

g) a superação do formalismo jurídico, que levava ao “isolamento e alheamento dogmático das exigências e dos problemas histórico-sociais reais e actuais” em prol de uma tendência à “materialização” do direito, isto é, uma tendência ao particularismo jurídico na criação do direito e à utilização de razões materiais pelos órgãos aplicadores do direito.⁴⁵ Conseqüentemente, o direito não se apresenta mais como um sistema completo e coerente, capaz de dar resposta a todas as questões jurídicas;

h) a recepção dos valores e princípios fundamentais do direito privado pelo texto constitucional, que passa a ser o estatuto central da sociedade civil e política, e, conseqüentemente, a perda da centralidade sistêmica do Código Civil, própria do direito moderno,⁴⁶ estabelecendo-se uma relação de complementaridade e não de subalternidade entre ambos os diplomas

⁴³ Görg HaverKate apud José Lamego. *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Fragmentos, 1990, p. 80.

⁴⁴ Arthur Kaufmann. *Filosofia del derecho*. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoja, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 521.

⁴⁵ Atienza, op., cit., p. 296.

⁴⁶ Pietro Perlingieri. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1984, p. 467. Renan Lotufo (Coordenador) *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, I, São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 7 e segs. Para uma visão crítica da chamada publicização do Direito Civil, cfr. Antonio Junqueira. “O Direito Pós-Moderno e a Codificação”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 94, 1999, p.9.

- i) a desagregação do direito civil em corpos jurídicos autônomos, dotados de princípios e unidades próprias, que passam a constituir novos ramos do direito. Esse processo representa uma antítese no processo histórico da codificação, sendo, por isso mesmo, conhecido como a descodificação do direito civil;
- j) relativização da dicotomia Estado c Sociedade Civil, ou público x privado, surgindo um terceiro setor, o dos interesses públicos porém não estatais, ora a cargo de entidades ou associações não governamentais;
- k) superação do princípio da divisão dos poderes na criação e aplicação do direito, reconhecendo-se que aplicar é também criar direito;
- l) crise e até superação da idéia do direito como sistema de normas, hierárquicas e axiomáticas. O direito deixa de ser visto como um sistema de normas e passa a ser visto como sistema de procedimentos, superando-se o pensamento sistemático em prol do pensamento problemático;
- m) personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevados à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição, donde o reconhecimento de um novo e importante ramo jurídico, o dos direitos da personalidade, direitos fundamentais ou humanos, que “constituem o núcleo das Constituições dos sistemas jurídicos contemporâneos”.

4. Conclusão

No início do Terceiro Milênio os juristas encontram-se entre dois paradigmas, o da *modernidade* e o da *pós-modernidade*. O primeiro compreendia o *racionalismo*, que defendia a razão e o sistema reorganizando o direito, o *individualismo* e a *subjetividade jurídica*, a consideração da regra jurídica como imperativo, o *monismo jurídico*, a *segurança jurídica*, como valor fundamental do direito, o *formalismo*, que reduzia o direito à norma e à lei, o pensamento sistemático.

O segundo, o paradigma da *pós-modernidade*, compreende a substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro da estatuição jurídica da sociedade civil; a

personalização ou humanização do indivíduo, que passa a titular de novos direitos e deveres; o pluralismo das fontes e das soluções no interior do mesmo sistema; a perda crescente da importância da certeza e da segurança jurídica em favor do primado de outro valor fundamental que é a justiça; o pensamento problemático, ou o direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva. E enfim, a superação da ideia do direito como sistema hierárquico e axiomático, próprio da cultura dos códigos que usavam a razão em sentido teórico, e sua substituição pelos microsistemas jurídicos, tudo isso implicando a retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do direito que, mais do que uma ciência, deve ser visto como um procedimento, uma prática social, orientada por princípios e regras democraticamente estabelecidas.

Perspectivas atuais do Direito Civil na legalidade constitucional^{1,2}

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Itália.

Sumário: 1. Introdução; - 2. Complexidade do ordenamento e a ultrapassada resistência à aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas; - 3. A construção da jurisprudência segundo a principiologia constitucional; - 4. Os sentidos da constitucionalização do direito civil e o seu significado na experiência brasileira; - 5. Conclusão.

1. Introdução

O tema da “Constitucionalização do Direito Civil” situa-se na ordem do dia em razão de, pelo menos, uma questão metodológica e duas circunstâncias históricas. A questão metodológica consiste na constatação, no mundo contemporâneo, da notável complexidade do ordenamento. Este deve ser compreendido como sistema composto por núcleos legislativos que não se compadecem com a uniformidade traduzida pelas grandes codificações do passado. De tal complexidade decorre a necessidade de interpretá-lo a partir do conjunto de fontes normativas caracterizadoras da pluralidade própria da sociedade, resguardando, contudo, a sua unidade axiológica, para que se possa manter o conceito de ordenamento e a sua função propiciadora da paz social. Pluralidade de fontes, portanto, e unidade sistemática convivem lado a lado, evitando-se a fragmentação e o desvirtuamento da própria ideia de ordenamento.³ Decorre daí a preocupação metodológica de que a Constituição não represente apenas um limite ao legislador ordinário, devendo ao revés incidir diretamente nas relações intersubjetivas, sendo este o norte central da atividade interpretativa.

¹ O presente trabalho é dedicado ao estimado jurista e amigo, o Prof. Francisco Vieira Lima Neto, cuja carreira tive o privilégio de acompanhar desde o início, nessa justa homenagem da comunidade acadêmica por seus 30 anos de magistério na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

² O autor agradece à Profa. Danielle Tavares Peçanha, Mestranda em Direito Civil no Programa de Pós-Graduação da UERJ, pela pesquisa, reflexão conjunta e revisão dos originais.

³ Cfr. Gustavo Tepedino; Milena Donato Oliva, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Além desta questão metodológica, a incidência do Texto Constitucional sobre as relações privadas invoca duas circunstâncias históricas que influenciaram decididamente a reconstrução dogmática do Direito Privado. A primeira delas é a revolução tecnológica, com repercussão extraordinária nas diversas searas do Direito Civil, como no direito de família e direito das sucessões, a partir das novas técnicas de procriação e de identificação genética; e na responsabilidade civil, com a potencialização dos riscos e dos danos. As transformações oriundas das tecnologias fizeram com que a *summa divisio* público x privado entrasse em crise, não sendo mais possível compartimentar os institutos e categorias jurídicas a partir da dicotomia 'interesse privado' ou 'interesse público'. A biotecnologia e a bioética, por exemplo, suscitam contemporaneamente a atenção do Direito Público e do Direito Privado, transitando permanentemente entre os valores constitucionais e a autonomia nas relações privadas.

A segunda circunstância histórica traduz a preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a solidariedade social, proclamadas no Texto Constitucional e vinculantes também entre particulares. Após a Segunda Guerra Mundial, as cartas constitucionais inseriram, paulatinamente, na Europa e (finalmente) no Brasil em 1988, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial no centro do ordenamento jurídico, impondo deveres também nas relações privadas.

Essa principiologia produziu enorme impacto no Direito Civil. Se a modernidade trouxe vitórias extraordinárias ao Direito Público (como a liberdade de ir e vir, a liberdade de voz, a liberdade, especialmente de imprensa, o mandado de segurança, e tantos instrumentos processuais de proteção do indivíduo em face do Estado), o Direito Privado não consegue ostentar semelhante orgulho. Isso porque, em nome da liberdade e da autonomia que tanto professamos e defendemos, permitimos o desenvolvimento de uma desigualdade assombrosa nas relações contratuais, no interior das famílias; uma desproporção abissal nas relações agrárias; e uma abusividade gigante em práticas comerciais e relações com consumidores.

Ou seja, com o Texto Constitucional de 1988, exige-se o respeito à pessoa humana não apenas por parte do Estado, mas também nas relações privadas, para que a autonomia negocial não se transforme em salvo-conduto para a imposição da força do poder econômico e do mercado, avesso aos valores constitucionais. O direito civil como espaço de liberdade patrimonial garantido ao proprietário e ao contratante expande-se na promoção da liberdade substancial e da autonomia existencial na legalidade constitucional.⁴

⁴ Na palavra de Luiz Edson Fachin: "Da autonomia privada à liberdade substancial, das titularidades exclusivas aos deveres extraproprietários, dos modelos excludentes ao valor jurídico da afetividade, são exemplos dessa passagem da estrutura para a função, e bem assim dos princípios gerais do Direito para

Essas duas circunstâncias nos obrigaram a deixar de lado nosso orgulho em relação aos alicerces aparentemente neutros do Código Civil e evitar a resistência cega às interferências do Direito Público. Ao contrário, sem diminuir a relevância da dogmática, é indispensável a incorporação dos valores e princípios constitucionais para fins de oxigenar as bases teóricas do Direito Civil, em busca da otimização dos instrumentos atribuídos à autonomia privada, instrumentalizando-os em favor da pessoa humana, da igualdade substancial e dos demais valores da Constituição da República.

2. Complexidade do ordenamento e a ultrapassada resistência à aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas

A percepção da complexidade do ordenamento encontrou vozes de intuitivo apoio desde a segunda metade do Século XX, como reflexo de esforço interpretativo desenvolvido por estudiosos para a efetivação de valores existenciais e humanitários. Exemplifique-se com o instituto da lesão, objeto da consagrada tese do Professor Caio Mário da Silva Pereira de 1949,⁵ que permitiu a utilização de preceitos do Direito Penal para a proteção de vulnerabilidade no Direito Civil. Pense-se também na investigação de paternidade, tendo o ordenamento por muito tempo recusado a paternidade ao filho ilegítimo, chamado adúltero (ou, pior ainda, bastardo, naquela época). Note-se, pois, como o Direito Civil necessita de extrapolar os próprios lindes do Código para a afirmação de valores que permitem a abertura do sistema, favorecendo o reconhecimento, no ordenamento, da identidade cultural da sociedade.⁶

Nessa perspectiva, há de se superar a doutrina que pretende estabelecer critérios interpretativos a partir dos chamados microssistemas. Embora didaticamente seja tentadora a utilização dessa expressão, o *microssistema* pretende fragmentar o sistema com soluções setoriais que, propiciadas por pressões parlamentares e econômicas prevalentes em determinados diplomas legislativos, impedem a abrangência da incidência dos valores constitucionais para todo o ordenamento.⁷ Como se os diversos

os princípios constitucionais como normas vinculantes" (Luiz Edson Fachin, *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 49).

⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

⁶ Pietro Perlingieri observa a influência recíproca entre direito e realidade social e daí faz derivar os seguintes corolários, caracterizadores do ordenamento jurídico: "a) historicidade da *societas* e historicidade do *ius* são um todo único; b) o *ius* coincide com a *societas* sem exaurir-se na pura normatividade; c) o *ius*, que justamente pode se definir totalidade da experiência jurídica, é, como qualquer totalidade, necessariamente complexidade; d) a complexidade do *ius* exige que a sua análise não perca a sua necessária unidade; e) tal unidade conceitual é síntese individual somente na efetividade da sua aplicação" (Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194).

⁷ A construção da doutrina dos microssistemas encontra-se bem descrita na série de ensaios reunidos de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Milano: Giuffrè, 1989, 3ª ed., *passim*. O autor retoma o tema,

setores da economia – mercado de locação imobiliária, mercado de ações, sistema bancário, de energia, de óleo e gás, e assim por diante – não deveriam responder a uma mesma tábua de valores. Bem ao contrário, justamente a percepção da unidade do ordenamento rompe essa visão de microssistema, na busca pela utilização dos princípios constitucionais e seus valores em todos os domínios do Direito Civil e, de uma maneira geral, em todo o direito.

Essa compreensão prevalece hoje na jurisprudência brasileira, como se buscará demonstrar com alusão a paradigmáticas decisões no item subsequente. Após indignada reação de muitos civilistas, há 30 anos, contrários à utilização das normas constitucionais nas relações interprivadas, na atualidade, a despeito de algumas pontuais divergências ainda existentes, há certo consenso acerca da força normativa dos princípios constitucionais. Não mais prevalece a ultrapassada percepção da Constituição como mera Carta Política, exclusivamente dirigida ao legislador.

Tal entendimento, que consagra a força normativa da Constituição, gerou, contudo, certa divergência em relação à aplicação direta das normas constitucionais nas relações intersubjetivas. De modo geral, pode-se sintetizar em quatro grupos as críticas centrais à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas. Em primeiro lugar, objetou-se que a norma constitucional teria índole organizacional, ou seja, seria voltada à organização das instituições, não sendo vocacionada à solução de litígios entre particulares. Afirmava-se, nessa direção, tratar-se de atecnia a introdução pelo constituinte de dispositivos dirigidos a disciplinar matérias de Direito Privado sem a intermediação de regras infraconstitucionais. Estas seriam indispensáveis à compreensão do significado normativo de cada um dos postulados constitucionais.

O segundo grupo de críticas aludia à baixa densidade analítica dos princípios constitucionais, insuficiente para a mediação de conflitos de interesses entre particulares. Ou seja, os princípios constitucionais seriam fluidos e genéricos, o que estimularia o desenvolvimento de ativismo judicial, atribuindo ao intérprete, sem a mediação do legislador infraconstitucional, liberdade excessiva para a definição do conteúdo dos preceitos normativos no caso concreto.

O terceiro grupo de críticas diz respeito à estabilidade milenar da dogmática do Direito Civil, sistematizada desde o Direito Romano. Dizia-se que, uma vez subordinado

com nova abordagem, em *Codice civile e società política*, Roma-Bari: Laterza, 1995, em cuja introdução adverte, com fina ironia: "Não escolhemos os nossos temas de estudo; os encontramos, como na vida encontramos pessoas, unindo-nos por empatia ou por afinidade espiritual ou refutando-as com fastio e impaciência" (tradução livre). No original: "Non scegliamo i nostri temi di studio; li incontriamo, come nella vita incontriamo persone, legandoci di simpatia e di consonanza spirituale o rifiutandole con fastidio ed impazienza" (p. 5). Cfr., em perspectiva crítica, Gustavo Tepedino, Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. Editorial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil* (RBDCivil), vol. 5, jul. 2015, p. 6-9.

diretamente às normas de direito constitucional, o Direito Civil se tornaria mutante, vulnerável a escolhas políticas e às eleições legislativas. Dessa maneira, a supremacia hermenêutica da Constituição da República importaria em instabilidade à dogmática do Direito Civil, tornando-o suscetível a sucessivas reformas, em verdadeira ameaça à milenar e tradicional estrutura dogmática.

Finalmente, o quarto grupo de críticas diz respeito à ingerência exacerbada que esses princípios constitucionais, aplicados diretamente, acarretariam nos espaços de liberdade privada. Ou seja, para além do lícito e do ilícito, o magistrado ainda teria que verificar a compatibilidade da situação jurídica a tais princípios e valores. Daqui decorreria suposta insegurança jurídica que a aplicação direta das normas constitucionais representaria para os particulares.

Tais críticas, embora em alguma medida consistentes, apresentam-se inteiramente descontextualizadas. Em primeiro lugar, porque a vocação dos textos constitucionais alterou-se muito. Não é verdadeiro que a vocação da Constituição seja a mesma que, por exemplo, animou a elaboração da Magna Carta. Quando se critica no Brasil a extensão da nossa Constituição, há de se ponderar que algo em nossa sociedade reclamou tal abrangência. Uma Constituição na qual se torna necessário garantir o direito à vida, à integridade psicofísica e à igualdade, provavelmente indica a ausência de promoção de tais valores no convívio social. Daí a relatividade histórica da vocação e das características das Constituições.

Quanto à deliberada baixa concretude do texto constitucional, esta não se associa exclusivamente à Constituição. Decorre da adoção da técnica das cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, que, a rigor, advém dessa complexidade do mundo contemporâneo, tanto no Brasil quanto no exterior. Conceitos como a boa-fé objetiva, introduzidos pelo legislador infraconstitucional, ou a dignidade humana, proclamado pela Constituição, necessitam de construção hermenêutica gradual que lhes dê máxima concretude. Pouco a pouco, as cláusulas gerais adquirem sentido específico, a partir da definição, pelo Judiciário, de soluções casuísticas que, reiteradas, vão definindo paulatinamente padrões de comportamento aceitos ou reprovados socialmente. O princípio da segurança jurídica, portanto, adquire novos contornos, não mais associado à letra fria das chamadas regras claras – que, a rigor, não dispensam interpretação e tampouco asseguram estabilidade –, mas subordinado à construção do direito vivo,⁸

⁸ Tullio Ascarelli, em página de aguda atualidade, analisa o conflito entre as codificações do Século XIX, moldadas por valores de sociedades rurais e pré-industriais, e a realidade econômica pós-industrial, especialmente após o segundo pós-guerra europeu, a exigir do intérprete a "*reconstrução tipológica da realidade*". É ver-se: "É assim a necessidade de aplicação humana do direito, em uma realidade sempre mutante porque identificada com a própria história humana, que impõe a contínua reconstrução tipológica à qual é levado o intérprete, e justamente para conciliar com a historicidade e com a concretude da realidade, a presença de um dado na realidade sempre renovado na renovação permanente deste esquema da realidade ao qual se refere a disciplina por isso mesmo (e somente por

decorrente da solução casuística propiciada por normas que, em abstrato, oferecem baixa definição analítica das hipóteses fáticas sobre as quais incidem.⁹

À luz das cláusulas gerais, inseridas em textos legais e na Constituição da República, a jurisprudência, criticada no passado por se mostrar excessivamente conservadora, adquiriu renovado protagonismo, liderando soluções interpretativas fundamentadas nos princípios. Nessa direção, a contribuição das Cortes brasileiras tem sido extraordinária na construção desse Direito Privado principiológico. Vale dizer: as cláusulas gerais vão fixando, paulatinamente, a partir do debate jurisprudencial e doutrinário, padrões de comportamento normativos. A título de exemplo, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, após propalada banalização do princípio da boa-fé objetiva, foram-se definindo gradativamente, na jurisprudência, repertórios de cláusulas contratuais e práticas comerciais consideradas legítimas ou abusivas, estabelecendo segurança jurídica a partir da argumentação, da persuasão e da fundamentação na esfera judicial.¹⁰

A paulatina criação de padrões de comportamento trouxe nova concepção acerca do princípio da segurança jurídica, com o ocaso do prestígio da técnica da subsunção silogística, a qual, a rigor, jamais representou certeza jurídica.¹¹ Afinal, quantas vezes a referência a uma regra qualquer, a uma mera instrução normativa, se transforma em mecanismo para o magistrado deixar de aprofundar o exame da controvérsia, ou de

isso) aplicável. Ao lado daquelas que, retomando o passo paulino, diremos as regras *juris*, os resumos mimemônicos da disciplina, encontraremos sempre aqueles conceitos (ou, se preferir, pseudo-conceitos) que, servindo a determinar o respectivo âmbito de aplicação da norma, de outra forma inaplicável, respondem a uma construção tipológica da realidade em função da norma” (tradução livre). No original: “È così la stessa necessità di umana applicazione del diritto, in una realtà sempre mutevole perchè identica con la stessa storia umana, che impone la continua ricostruzione tipologica alla quale è indotto l’interprete e proprio per conciliare con la storicità e la concretezza della realtà, la costanza di un dato in realtà così sempre rinnovato nel rinnovamento di quella schematizzazione della realtà alla quale si riferisce la disciplina, perciò stesso (e solo perciò) applicabile. Accanto a quelle che, riprendendo il passo paulino, diremo le *regule juris*, i riassunti mnemonici della disciplina, incontreremo sempre quei concetti (o, se vuoi, pseudoconcetti) che, servendo a determinare lo stesso ambito di applicazione della norma, altrimenti inapplicabile, attengono a una costruzione tipologica della realtà in funzione della norma” (*Problemi giuridici*, tomo primo, Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959, pp. 75-76).

⁹ Sobre o tema, Gustavo Tepedino, Pós-verdades hermenêuticas e o Princípio da Segurança Jurídica. In: *Coluna OAB/RJ*. Disponível em: <<https://www.oabRJ.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/pos-verdades-hermeneuticas-principio-seguranca-juridica>>. Acesso em 11.11.2020, em que se conclui que: “Os valores constitucionais servem de norte ou *leitmotif* permanente da teoria da interpretação. Desse modo, independentemente da técnica legislativa empregada, sejam princípios ou regras, cláusulas gerais ou prescrições específicas, a segurança jurídica é alcançada a partir da recondução sistemática de cada norma à legalidade constitucional.”

¹⁰ Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, Atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência. Editorial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil)*, vol. 1, jul./set. 2014, pp. 6-8.

¹¹ Gustavo Tepedino, O ocaso da subsunção. In: *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 443-446.

fundamentar a própria decisão? A letra da lei se transforma, assim, em método para se evitar o controle social acerca dos argumentos prevalentes na jurisprudência.

Assistiu-se, ao longo do Século XX e início do Século XXI, a diversos dramas humanos deixados de lado pelo Judiciário por suposta ausência de direito (*rectius*, de texto legal), como nos casos de transexualismo. As pessoas eram consideradas sem direito algum, por ausência de regra específica capaz de assegurar a sua dignidade na sociedade.¹² A subsunção regulamentar autorizava ao magistrado, à falta da regra, lavar as mãos. E a própria jurisprudência reagiu ao método subsuntivo, passando a liderar a aplicação direta de princípios constitucionais para dar concretude a valores existenciais e sociais, mesmo na ausência de regras específicas.

3. A construção da jurisprudência segundo a principiologia constitucional

As críticas, como se pôde demonstrar, à aplicação direta das normas constitucionais não se justificam. E nem se tenha medo da ingerência exacerbada na esfera da liberdade individual, porque a liberdade de todos implica o respeito à igualdade, de modo a se coibir a liberdade abusiva do forte sobre o fraco; do homem sobre a mulher; do fornecedor sobre o consumidor e assim por diante. Desse modo, a crítica à ingerência estatal excessiva, se verdadeira, não se resolve com o afastamento da posição do magistrado ou dos princípios constitucionais. Pelo contrário, reclama o aperfeiçoamento da construção da liberdade de todos no âmbito da solidariedade social; da liberdade no âmbito da dignidade da pessoa humana, preservando-se, assim, a unidade do ordenamento em torno de valores que reflitam a identidade social.¹³

A título exemplificativo, vale passar em revista alguns julgados emblemáticos, que bem traduzem a reconstrução principiológica por parte da jurisprudência, estimulada por notável renovação da magistratura. Causou grande polêmica em 2011 o reconhecimento pelo STF da família formada por pessoas do mesmo sexo, tendo a decisão se baseado nos princípios constitucionais, em particular na igualdade, que exige respeito às decisões de cada pessoa quanto à orientação e escolhas definidoras de sua própria vida. A Corte assim decidiu, a despeito da regra clara do art. 1.723 do Código Civil, que previa como união estável exclusivamente aquela entidade familiar

¹² Para o exame de casos paradigmáticos, em que profundas injustiças eram cometidas por suposta ausência de lei protetiva específica, v. Gustavo Tepedino, *Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas* – aula inaugural do ano acadêmico de 1998 da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed., p. 63 e ss.

¹³ Acerca do papel do magistrado e da teoria da interpretação, v. Gustavo Tepedino, Os sete pecados capitais da teoria da interpretação. In: *Revista da EMERJ*, vol. 20, 2018, pp. 319-343; Thamis Dalsenter Viveiros de Castro. O papel criativo do juiz na legalidade civil-constitucional. In: *Revista Pensar*, vol. 21, Fortaleza, 2016, maio/ago., pp. 721-750.

formada entre homem e mulher,¹⁴ à exemplo também, no âmbito do casamento, dos artigos 1.514 e 1.517. Prevaleceram os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade.¹⁵

O segundo julgado que merece atenção vem do Superior Tribunal de Justiça, datando de 1999, logo depois de promulgada a Constituição.¹⁶ O Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp 93.634, analisou o caso originário do Estado de Minas Gerais, em que certo associado do Minas Tênis Clube foi impedido de incluir como dependente seu no quadro social da associação seu neto, sobre quem tinha a guarda judicial. O Tribunal informou na ocasião que o clube, que possui autonomia quanto à sua organização e funcionamento, teria a liberdade de dispor em seus estatutos e resoluções como melhor lhe parecesse, podendo até estabelecer, de modo geral, que não haveria a categoria de sócios dependentes; mas não poderia fazê-lo com base em discriminação que a lei não admite.

Outro acórdão importante do Supremo Tribunal Federal, muito conhecido, refere-se à União Brasileira de Compositores, no RE 201.819/RJ,¹⁷ julgado pela Segunda Turma, em 2005, que gerou intenso debate à época. No estatuto dessa associação privada constava previsão segundo a qual o desrespeito a cláusulas estatutárias poderia levar à exclusão do associado. O Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que, a despeito da autonomia associativa, outros princípios constitucionais deveriam ser respeitados, especialmente em termos de ampla defesa. Na época, informou o relator para o acórdão, Ministro Gilmar Mendes: *“os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”*.

Outro acórdão que merece destaque diz respeito à decisão, no Supremo Tribunal Federal, proferida pelo Min. Carlos Velloso, datada de 1996, no âmbito do RE 161.243.¹⁸ Analisou-se, na ocasião o regime de certa empresa francesa multinacional, que possuía em seu quadro de empregados, brasileiros e franceses. Havia diferenciação estatutária segundo a qual o empregado francês tinha privilégios negados a trabalhadores brasileiros. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o princípio da igualdade deveria

¹⁴ STF, ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011.

¹⁵ Sobre o tema, cfr. Gustavo Tepedino, Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. In: *Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil)*, vol. 6, out./dez. 2015.

¹⁶ STJ, 3ª T., REsp 93.634/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 24.8.1999, publ. DJ 18.10.1999.

¹⁷ STF, 2ª T., RE 201.819/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005, publ. DJ 27.10.2006.

¹⁸ STF, 2ª T., RE 161.243, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 29.10.1996, publ. DJ 19.12.1997. Na ocasião, afirmou-se que *“A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional.”*

ser respeitado também em empresas privadas, marcando momento decisivo do cenário jurisprudencial brasileiro.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1991, em concretização dos princípios no âmbito contratual, remeta-se ao paradigmático caso dos tomates, cuja precisão técnica e sensibilidade à orientação principiológica adotada pela ordem jurídica pós-1988 resultaram em decisão de admirável pioneirismo.¹⁹ O voto do então Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, proferido quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, congrega boa parte das questões que ainda geram perplexidades para o intérprete hodierno em sede de responsabilidade pré-contratual, notadamente: a natureza (contratual ou aquiliana) da responsabilidade, a incidência da boa-fé objetiva como princípio fundamental dos contratos, o dever de lealdade entre as partes decorrente desse princípio, a vedação ao comportamento contraditório, a possibilidade de conferir responsabilidade por interesses positivos delineados pelo contrato em formação.²⁰

Determinada comunidade de pequenos agricultores do Rio Grande do Sul mantinha, com a Companhia Industrial de Conservas Alimentícias Cica, prática comercial bastante peculiar: a empresa fornecia a totalidade das sementes a serem utilizadas, por intermédio de caminhoneiros, aos produtores de tomate da região. No período da colheita, adquiria os frutos, que eram recolhidos e transportados pelos mesmos caminhoneiros, para integrar sua produção industrial. O costume foi reiterado ao longo de muitos ciclos produtivos, sem interrupção. A empresa, entretanto, desistiu de adquirir a safra de 1987/1988, alegando que teria despesas operacionais adicionais. Irrresignado, um dos camponeses ajuizou ação de cobrança pleiteando a indenização pelas despesas decorrentes da perda da produção. O juízo de primeira instância deu total provimento à pretensão indenizatória, condenando a empresa ré ao pagamento do equivalente a 40.000 (quarenta mil) quilos de tomate, no valor de Cr\$ 1,20 por quilo, atualizados monetariamente. A ré apelou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cabendo à 5ª Câmara Cível enfrentar a questão. O acórdão, de relatoria do então Des. Ruy Rosado, concluiu pela procedência parcial do recurso – a reduzir o *quantum* indenizatório pela metade, tendo em vista que parte da produção não se perdeu, mas foi, ao revés, comercializada.²¹

¹⁹ TJRS, 5ª C.C., Ap. Cív. 591.028.295, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 6.6.1991.

²⁰ Para o exame prático de diversos desses temas, permita-se remeter a: Gustavo Tepedino, *Opiniões Doutrinárias*, vol. III: Novos Problemas de Direito Privado, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²¹ “Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. (...) Inadimplemento. Efeitos. - Pré-contrato. Responsabilidade pré-contratual. - Disposições

Vale ainda destacar a polêmica em torno do levantamento do FGTS diante da cruelíssima patologia conhecida como *Mal de Parkinson*.²² A Lei 8.036/90 prevê as hipóteses de levantamento do fundo mediante rol taxativo, de modo a se preservarem as reservas, extremamente relevantes para a efetivação de numerosas políticas públicas. Segundo o entendimento que prevaleceu na jurisprudência, a despeito da existência de rol taxativo definido pelo legislador para o levantamento dos recursos do fundo, dever-se-ia autorizar o levantamento dos saldos individuais em favor de pessoas acometidas por aquela doença, em nome da dignidade humana e da sua integridade psicofísica. O fato, portanto, da Lei 8.036/90, de forma clara e textual, não prever expressamente determinadas doenças, e explicitar as hipóteses permitidas para os saques dos saldos de contas individuais, não impediu a jurisprudência de, em nome de princípios constitucionais, autorizá-los. Diante da dignidade da pessoa humana e da integridade psicofísica, portanto, os princípios prevaleceram sobre regras claríssimas que, nos casos concretos, não eram capazes de promovê-los adequadamente.

Percebe-se, assim, o papel extraordinário que tem sido exercido pela jurisprudência e pela doutrina, superando dogmas e permitindo que, mercê da incorporação dos princípios constitucionais pela legislação infraconstitucional, possam ser potencializados os instrumentos e categorias do Direito Civil, promovendo-se, em última análise, a pessoa humana e sua dignidade.

4. Os sentidos da constitucionalização do direito civil e o seu significado na experiência brasileira

Traçado assim, em sintética trajetória, o panorama da jurisprudência brasileira, vale delinear o sentido técnico atual da denominada *constitucionalização* do direito civil.²³ Não se poderia reduzir essa expressão ao mero deslocamento topográfico de garantias incidentes sobre as relações privadas, atribuindo-a à providência contra a morosidade do legislador ordinário, ou à contingência política passageira ou mesmo à mera atecnia. O significado da expressão parece ser de bem maior dimensão.

Dois dos sentidos possíveis para a *Constitucionalização do Direito Civil* vêm sendo cada vez mais reconhecidos pela doutrina, na esteira da difusa admissão por autores da eficácia horizontal dos direitos e garantias individuais. Não há dúvida que as normas constitucionais incidem sobre a legislação ordinária, exigindo produção legislativa

doutrinarias. - Dever de lealdade e de probidade entre as partes. - Princípio da confiança e da boa-fé entre as partes." (TJRS, 5ª C.C., Ap. Cív. 591.028.295, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 6.6.1991)

²² STJ, 2ª T., REsp 853.002/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 19.9.2006, publ. DJ 3.10.2006.

²³ Gustavo Tepedino, Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 21.

compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal. Por outro lado, a eficácia da Constituição é amplamente reconhecida no plano interpretativo, reclamando-se a leitura da lei civil conforme o texto constitucional, postulado cada vez mais acatado entre os constitucionalistas. Tais efeitos, contudo, embora alvissareiros, no sentido de se construir um sistema harmônico das fontes legislativas, atribuindo-se à Constituição papel central da unificação do ordenamento e considerando-a como norma jurídica, não esgota, no plano da eficácia social, o impacto da Carta Constitucional nas relações de direito civil.

Não se poderia supor – advirta-se logo - que a intervenção do constituinte pudesse representar a absorção do direito civil por parte do direito constitucional, daí resultando em drástica e autoritária redução dos espaços de liberdade garantidos à sociedade civil. A este respeito, corrobora-se a objeção à qualificação do direito civil como mero *direito constitucional concretizado*. Vale dizer, “por detalhado que seja, o conjunto dos direitos fundamentais não forma uma ordem acabada e fechada, de que dedutiva e mecanicamente se possam inferir as regulações concretas que moldam as relações civis”.²⁴

Por isso mesmo, o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, confere maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica. Eis o terceiro significado, provavelmente o mais importante, traduzido pela constitucionalização do direito civil. Em outras palavras, a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional.²⁵

Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, qualquer *redução quantitativa* dos espaços de autonomia privada. Propriedade, família, contrato, empresa, não migram

²⁴ Joaquim de Sousa Ribeiro, Constitucionalização do Direito Civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 74, 1998, p. 754. Em relação às normas infraconstitucionais, para o autor, “o espectro das suas valorações tem que se situar dentro dos parâmetros constitucionais e ordenação, com respeito pelo papel de integração do sistema que, em última instância, a estes cabe (...) o enquadramento constitucional fornece as bases para um permanente zelar para que o direito civil não acolha soluções contrastantes com os valores da pessoa eu, em primeira linha, deve servir”.

²⁵ Gustavo Tepedino, Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 3-20, destacando-se que o ordenamento jurídico, “composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e daí a sua complexidade que só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade”.

para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se, ao revés, de *transformação qualitativa* de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada, seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária.

O papel do legislador, da magistratura e da doutrina, no âmbito do direito civil, adquire maior importância, empenhados não em dar forma racional à realidade que lhes é oferecida pela história, como queria a Escola da Exegese, mas em construir bases objetivas para a realização de um direito civil que corresponda à tábua de valores previstos constitucionalmente, engendrando-se as técnicas e os critérios interpretativos, bem como uma renovada dogmática, capazes de atender aos desafios suscitados pelo sistema de fontes. Confirma-se a linha de argumentação até aqui proposta, ao se examinar a legislação posterior a 5 de outubro de 1988. A vigência do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, em particular, tem sido fecunda na experiência brasileira: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações, que não encontravam lugar no Código Civil, remodelam a atuação da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de Direito delineado pelo constituinte.

O legislador e a jurisprudência mais atenta estabelecem o nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e o conteúdo das cláusulas gerais. Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou em doutrina, “a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional”. A análise serve de base para ulterior conclusão: “a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional”.²⁶

²⁶Maria Celina Bodin de Moraes, em *Prefácio* a Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípios da Boa-Fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. IV-V. A autora conclui, ainda: “o princípio da boa-fé reaparece (...) funcionando como o elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Sob a ótica civil-constitucional, a boa-fé representa, pois, a valorização da pessoa humana em oposição à senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico. O contrato vem configurado como um espaço de desenvolvimento da personalidade humana; uma relação econômico-

Ainda no âmbito do Código do Consumidor, diante do art. 51, IV, que considera nula a cláusula contratual incompatível com a boa-fé objetiva, se sustenta a necessidade de “buscar na normativa constitucional critérios de interpretação e densificação desta noção que a funcionalizem à proteção da pessoa, de sua dignidade - onde e para onde, em última análise e definitiva instância, se radicam e convergem os princípios constitucionais”.²⁷ Na mesma esteira, pondera-se que “a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República) numa tentativa de concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema”.²⁸

Se tais considerações são verdadeiras, como parecem, compreende-se a desconfiança provocada pelas reformas legislativas que proponham uma racionalização estática, vale dizer, uma adequação ininterrupta das leis às transformações pregressas da sociedade, sem se preocuparem com a realidade econômica, política e cultural, cuja contínua transformação faz do direito fenômeno social (não já uma ciência pura). Pretende-se restabelecer a pureza técnica da codificação, sem se dar conta do contexto histórico, político e cultural do momento presente, desconsiderando-se, ainda, que a intervenção estatal, embora redefinindo a tábua axiológica do ordenamento, não reduz o papel indispensável das técnicas do direito civil.

Sobre o tema, fundamental se apresenta a página crítica de Stefano Rodotà contra a reforma das bases exclusivamente formais e técnicas da legislação civil italiana (*opera di formica*), quando a legislação já não mais respondia aos anseios da sociedade, prescindindo-se das discussões de política legislativa (como se isso não fosse da alçada do jurista).²⁹ Agindo assim, o legislador corre o risco de produzir um corpo de normas que, a despeito do rigor ou da atualidade técnica, esteja de costas para a sociedade, seus valores, sua identidade.

Mais grave ainda, anotou Rodotà, é considerar a tarefa do jurista apartada das ciências sociais, cabendo-lhe tão somente racionalizar o conjunto de transformações ocorridas na sociedade, cuja análise, no entanto, estaria a cargo dos historiadores, filósofos, economistas e sociólogos. Daí a tendência a reduzir a categorias técnicas os fenômenos

jurídica em que as partes devem colaboração umas com as outras com vistas à construção de uma sociedade que a Constituição quer livre, justa e solidária”.

²⁷ Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, cit., p. 81.

²⁸ Ruy Rosado de Aguiar Junior, *A Boa-Fé na Relação de Consumo*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 21-22.

²⁹ Stefano Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (1966), Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 83.

culturais, tratados pelos reformadores como meros indicadores da necessidade de uma revisão formal das previsões legislativas.³⁰

É preciso resistir a essa cíclica e renitente tentativa de regulamentação de toda a vida social, empoderando-se, ao contrário, o magistrado com a atribuição do dever de esgotar o dado normativo disponível, a partir da aplicação, em cada sentença, da totalidade do ordenamento, informado pelos princípios e valores constitucionais incidentes no caso concreto. Como na página clássica de Giacomo Leopardi, em *Gattopardo*, em que o nobre siciliano percebe a necessidade de realizar uma *completa* transformação para que tudo pudesse permanecer como sempre fora, há de se rejeitar as tentativas de reformas legislativas desenfreadas, vestindo os institutos com indumentária renovada, sem que se altere a fundamentação axiológica das decisões, repristinando-se, de modo inquietante, o conceitualismo e a cultura jurídica ultrapassados pelas demandas sociais contemporâneas.³¹

5. Conclusão

Pode-se dizer, em conclusão, que a complexidade do ordenamento, em sua inquebrantável unidade, constituído pelo conjunto de núcleos legislativos codificados e esparsos, exige a incidência de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras, mas, vinculados a critérios expressamente

³⁰ Stefano Rodotà, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 86: cada intervenção de mera estabilização corre o risco de se tornar, no exato momento em que é produzida, envelhecida e ineficaz; em uma palavra, vã; manifestação da ilusão faustiana de paralisar no átimo o inexorável transcurso do tempo” (tradução livre). No original: “*ogni intervento di mera stabilizzazione rischia d’essere, all’atto stesso in cui si produce, invecchiato ed inefficace; in una parola, vano, manifestazione della illusione faustiana di arrestare nell’attimo l’inesorabile trascorrere del tempo*”. Mais ainda (p. 89): “para o jurista reformador, este reconhecimento (que processo histórico e processo de reforma coincidem) assume valor particular: para ele, a história não é somente reflexão sobre fatos passados, mas sim juízo sobre o presente e previsão do futuro, entendidos como as dimensões temporais nas quais o regulamento jurídico é destinado a operar. E é, portanto, inadequada à sua finalidade uma reforma compreendida como mera racionalização dos fatos do passado, já que as únicas reformas merecedoras deste nome são aquelas que pretendem ser criativas do advir” (tradução livre). No original: “*per il giurista riformatore, questo riconoscimento (che processo storico e processo di riforma si confondono) assume valore particolare: per lui la storia non è soltanto riflessione sui fatti passati, ma è già giudizio sul presente e previsione del futuro, intesi come le dimensioni temporali in cui il regolamento giuridico è destinato ad operare. Ed è quindi inadeguata al suo fine una riforma intesa come mera razionalizzazione dei fatti del passato, poiché le uniche riforme meritevoli di questo nome sono ormai quelle soltanto che vogliono essere creatrici d’avvenire*”.

³¹ A preocupação com o contexto histórico, cultural e ideológico sobreleva-se na análise de Luiz Edson Fachin, *A Reforma no Direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil*. In: Margarida Camargo (org), 1988- 1998. *Uma Década de Constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 129 e ss., acerca da reforma do Código Civil: “E aí uma leitura mais atenta da temática quiçá recolocou os termos da questão, para volvermos as preocupações menos para a moldura e mais para o objeto fotografado” (p. 136).

definidos, exprimam a tábua de valores da sociedade, consagrada na Constituição.³² Vale dizer, nos moldes do que assinalam o homenageado e coautor em ensaio acerca do devido processo constitucional, não se pode perder de vista o conjunto de garantias fundamentais consagradas pela Carta Constitucional,³³ que vincula todos os sujeitos e entes, públicos e privados, bem como todas as leis e regulamentos que disciplinam as relações estabelecidas no seio da sociedade.

O desafio do jurista de hoje encontra-se em lidar com a complexidade dos núcleos normativos que caracterizam o sistema, composto pela Constituição, Códigos, leis gerais, especiais, tratados internacionais, promulgados em experiências culturais e momentos históricos diferenciados. Trata-se de promover o apregoado diálogo de fontes, em esforço hermenêutico em favor da pessoa humana e de suas relações existenciais, tendo por ponto de partida e de chegada a legalidade constitucional. O Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com o Texto Maior. Nessa esteira, a solução para as controvérsias do caso concreto jamais se submeterá a regra isoladamente considerada, devendo-se, ao revés, ter em conta o ordenamento jurídico como um todo, com seus valores e princípios fundamentais.

Em síntese apertada, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas incorporando os valores, princípios e normas constitucionais, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de reformular o conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana. Como advertiu, há tempos, o Professor Caio Mário da Silva Pereira, “*passou a hora de legislar consequências*”.³⁴ Ao jurista do tempo presente, há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente

³² Cf., ainda uma vez, Stefano Rodotà, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 95: “essas indicações não podem ser entendidas como um apelo à consciência individual dos juizes, à sua capacidade de ser voz e verdadeira do tempo e da sociedade: uma legislação como aquela indicada não pode ser vista senão como expansão dos princípios constitucionais, que constituem o filtro através do qual as exigências da sociedade podem penetrar na ordem jurídica”. (tradução livre). No original: “queste indicazione non possono essere intese come un appello alla coscienza individuale dei giudici, alla loro capacità di essere voce viva e vera del tempo e della società: una legislazione, come quella indicata, non può esprimersi che come *espansione dei principi costituzionali, che costituiscono il filtro attraverso il quale le esigenze della società possono penetrare nell’ordine giuridico*” (grifou-se).

³³ Bruno Silveira de Oliveira; Francisco Vieira Lima Neto. Notas sobre o devido processo constitucional, o litisconsórcio e os processos coletivos. In: *Revista de Processo*, vol. 191, 2011, pp. 40.

³⁴ *Discurso* proferido em 12 de março de 1998. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Renovar, vol. 5, p. 316.

alguém que chancele as transformações sociais, sem as protagonizar: nada além de um *notário da história* ³⁵.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, A Boa-Fé na Relação de Consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14.

ASCARELLI, Tullio, *Problemi giuridici*, tomo primo, Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1959.

FACHIN, Luiz Edson, A Reforma no Direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. In: Margarida Camargo (org), 1988- 1998. *Uma Década de Constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson, *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

NEGREIROS, Teresa, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípios da Boa-Fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de; LIMA NETO, Francisco Vieira. Notas sobre o devido processo constitucional, o litisconsórcio e os processos coletivos. In: *Revista de Processo*, vol. 191, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Discurso proferido em 12 de março de 1998. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Renovar, vol. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Lesão nos contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, Constitucionalização do Direito Civil. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 74, 1998.

RODOTÀ, Stefano, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (1966), Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TEPEDINO, Gustavo, Atividade interpretativa e o papel da doutrina e da jurisprudência. Editorial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil)*, vol. 1, jul./set. 2014.

³⁵ Assim, com refinado sarcasmo, Stefano Rodotà, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 88: “Vi è qualcosa di grandioso e di nobile in questo disegno di alta conservazione in cui si iscrive l’opera del giurista, per il quale non a caso se era foggiate l’espressione, solenne e seducente, di notaio della storia”. Em tradução livre: “Há alguma coisa de grandioso e nobre nesse desenho de alta conservação na qual se insere a obra do jurista, para o qual não por acaso se forjou a expressão, solene e sedutora, de notário da história”.

TEPEDINO, Gustavo, Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. Editorial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil* (RBDCivil), vol. 5, jul. 2015.

TEPEDINO, Gustavo, Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas – aula inaugural do ano acadêmico de 1998 da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed.

TEPEDINO, Gustavo, Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo, Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. In: *Revista Brasileira de Direito Civil* (RBDCivil), vol. 6, out./dez. 2015.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. *Opiniões Doutrinárias*, vol. III: Novos Problemas de Direito Privado, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

TEPEDINO, Gustavo, O ocaso da subsunção. In: *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo, Os sete pecados capitais da teoria da interpretação. In: *Revista da EMERJ*, vol. 20, 2018.

TEPEDINO, Gustavo, Pós-verdades hermenêuticas e o Princípio da Segurança Jurídica. In: *Coluna OAB/RJ*. Disponível em: <<https://www.oabRJ.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/pos-verdades-hermeneuticas-principio-seguranca-juridica>>. Acesso em 11.11.2020.

Direitos e princípios constitucionais em tempos de pandemia

José Eduardo Faria

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP. Autor de *Justiça, Corrupção e Moralidade Pública* (2019) e *A liberdade de expressão e as novas mídias* (2020), publicados pela Editora Perspectiva.

Qual é o alcance dos direitos em tempos incertos de pandemia? Essa indagação foi suscitada por proprietários de bares e restaurantes que, criticando o reingresso de suas respectivas cidades na fase vermelha, disseram ter “o direito de trabalhar”, tendo sido secundado por sua clientela jovem e de classe média, que afirmou ter o “direito ao lazer”. Todos também afirmaram que a Constituição garante, no inciso XV de seu artigo 5º, o direito de ir e vir – o chamado direito de locomoção.

Os argumentos foram refutados pelo poder público, sob a alegação de que (a) direitos fundamentais não são absolutos, (b) o direito à saúde é indisponível e (c) se a administração pública em suas diferentes instâncias tem a obrigação de não medir esforços para assegurar a “manutenção da vida”, como determinam os artigos 196, 197 e 198 da Constituição, inclusive tomando medidas restritivas drásticas de isolamento social, ela pode impor restrições sanitárias para evitar nova propagação do vírus.

O alcance dos direitos é um tema clássico da filosofia política desde o século 17, quando os contratualistas resgataram postulados da tradição grega para desenvolver suas concepções de contrato social no âmbito da sociedade moderna. Se para um liberal como John Locke o Estado era visto como mediador, que se propunha a centralizar um poder ou uma verdade, para Thomas Hobbes, por ser o homem egoísta e almejar seus interesses pela força, só um Estado capaz de monopolizar essa força conseguiria evitar a barbárie, assegurar um viver em paz entre os homens e garantir uma defesa comum.

Vistas à luz do bem comum, as restrições impostas pelo poder público ao funcionamento de bares, restaurantes e shoppings são justificáveis, na medida em que, ao conter a liberdade de ir e vir de jovens inconsequentes e insensatos, elas evitam a contaminação do resto da população. Vistas à luz de cada cidadão, essas restrições são abusivas, como se a responsabilidade pela saúde pública de todos nada tivesse a ver com as liberdades individuais.

Mais restrição ou menos restrição, mais Estado ou mais individualidade – o que deve prevalecer hoje, em tempos anormais, três séculos após as contribuições ao tema de Hobbes, Locke e Rousseau? Aqueles que aceitam maior intervenção do poder público

afirmam que a liberdade não consiste na ausência de interferências, implicando “dominação” – isto é, o exercício legítimo do monopólio da força ou da violência pelo Estado.

Por consequência, se nos tempos de pandemia muitos jovens querem maximizar suas liberdades, aglomerando-se em bares, no caso da classe média, ou em pancadões, no caso dos jovens das periferias, o poder público não tem outra saída a não ser vedar que o comportamento inconsequente e insensato de alguns coloque em risco a vida dos demais – até porque, nesse caso, não haveria liberdade possível, mas uma mortandade. Já os defensores da liberdade individual como princípio supremo refutam o argumento, alegando que ninguém tem autoridade para dizer o que cada um pode e não pode fazer. Também afirmam que crises, como a de saúde pública, não devem servir de justificativa para a afirmação de um poder desmedido, independentemente da gravidade da pandemia.

Curiosamente, essa discussão está presa a duas tradições histórico-geográficas. Uma, de caráter liberal, é a americana, já que os Estados Unidos, como já notara Tocqueville no começo do século 19, sempre teriam valorizado a liberdade individual muito mais do que a autoridade estatal. A outra tradição, de caráter republicano, é a europeia. A transferência da soberania do povo para o poder público há tempos é algo normal na cultura política da Europa ocidental. De certo modo, isso explica, por exemplo, porque os americanos tendem a aceitar a liberação do uso de armas em nome da autodefesa e a reagir contrariamente à tributação progressiva, defendendo a hiper-responsabilização dos indivíduos, sob o argumento de cada um pode definir seu próprio destino e deve saber cuidar de si. Explica, igualmente, porque os europeus tendem a aceitar um sistema único de saúde, seguros médicos universais e previdência pública.

Na visão liberal mais radical ou extrema, a sociedade corresponderia a um conjunto de indivíduos autossuficientes, motivo pelo qual suas respectivas trajetórias de vida dependeriam basicamente de seus méritos, de seus esforços, de seus defeitos, e não de fatores socioeconômicos. Nesta visão, ainda, a ideia de bem comum envolveria a agregação de interesses por meio do mercado. Já na segunda visão, a republicana, a vontade geral vai muito além da mera soma das vontades individuais, exigindo, por exemplo, intervenção de braços do Estado, seja para neutralizar eventuais impasses decorrentes da colisão entre princípios constitucionais, seja para reduzir desigualdades econômicas e sociais causadas pelo mercado. Nesta perspectiva, se por um lado existe a liberdade de sair de casa e flunar pelos espaços públicos, por outro isso não implica a liberdade para infectar, para contaminar. Ou seja, há um sentido de responsabilidade maior que limita a própria liberdade de locomoção, como forma de defender o interesse geral – no caso, deter o avanço da pandemia.

Retomando o que disseram os proprietários de bares e restaurantes, no sentido de que têm o “direito de trabalhar”, e o que afirmaram seus clientes, no sentido de que têm “direito ao lazer”, todos pecam num ponto. Não percebem, por limitações reflexivas, ou não querem perceber, por egoísmo e egocentrismo, que a simples imposição da vontade de uns sobre a vontade de outros pode levar à postura arbitrária de reivindicar como liberdade a realização de atividades que põem em risco a vida coletiva.

A tradição republicana não se limita a restringir a interferência dos outros sobre a própria liberdade. Ela vai além, procurando viabilizar o equilíbrio entre a liberdade de cada indivíduo e a liberdade de outros. Se para os liberais extremados os homens são livres quando não existem restrições, para os republicanos não se pode falar em liberdade enquanto as condições substantivas mínimas para seu exercício estiverem minadas por desigualdades sociais e econômicas cuja superação só pode ser obtida por meio de ações do poder público com o objetivo de criar fontes compensatórias de emprego, de corrigir, por meios fiscais, formas abusivas de consumo e de adotar programas eficientes de educação e imunização.

Essas são as fragilidades dos liberais extremados. De um lado, não conseguem aceitar que, do ponto de vista de sua condição socioeconômica, os homens não são iguais. De outro, não conseguem perceber o alto custo social das políticas econômicas liberais que, submetendo-se à disciplina da acumulação ilimitada de riqueza abstrata, há muitos anos vêm diminuindo a capacidade do Estado de intervir na correção das distorções estruturais da sociedade, entreabrindo, no limite, a justificativa de um certo darwinismo social.

Por isso, se o poder público tem a obrigação de justificar eventuais restrições de liberdades apontando sua utilidade como medida sanitária, os cidadãos que defendem o “direito de trabalhar” e o “direito ao lazer” também têm de demonstrar que suas aspirações são compatíveis com o objetivo geral de conter a pandemia. Para estes, não há liberdade, mas mero arbítrio, se o exercício de suas vontades reduzir os demais à impotência de estarem submetidos a uma ampliação do contágio, exponenciando o risco sanitário que a todos afeta, ainda que em diferentes graus. Se esses cuidados mínimos forem desprezados, o termo liberdade correrá o risco de perder sentido, na medida em que será aplicável a qualquer coisa – inclusive como pretexto para governantes genocidas que a invocam para justificar o direito que a população tem de não se vacinar.

O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética no Brasil: uma homenagem a Francisco Vieira Lima Neto

Anderson Schreiber

Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Membro da Academia Internacional de Direito Comparado. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli studi del Molise (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Considerada uma das melhores jogadoras brasileiras de vôlei na categoria juvenil, uma jovem atleta negra, de 16 anos, oriunda de uma família pobre, viveu o sonho de participar de um processo seletivo para integrar a equipe que representaria o Brasil no Campeonato Sul-Americano de Vôlei, em 2004. Sua performance nos treinos impressionou a comissão técnica. Sua escolha era dada como certa por todos até que ela recebeu a inesperada notícia de que havia sido cortada por razões médicas:

“Eu fiquei na reta final. Tinha uma equipe quase definida. O técnico da CBV falou que eu seria cortada não por ser ruim. Foi a parte médica que me cortou. O médico da CBV me explicou: ‘o seu sangue era diferente’. Ele falou: ‘a sua doença vai acabar com a sua carreira e você não poderá jogar mais’. E que se eu insistisse em jogar e viajar de avião, poderia morrer, teria morte súbita.”¹

Os exames médicos obrigatórios conduzidos pela Confederação Brasileira de Vôlei haviam revelado que, embora saudável, a atleta era portadora de traço falciforme, uma espécie de anemia crônica que pode conduzir a complicações tromboembólicas. A anemia falciforme, de elevada incidência na população brasileira, é mais comum em pessoas negras, o que teria relação com a sua origem africana. Tal construção levou, no passado, a uma “abordagem racial” da anemia falciforme em muitos programas de saúde pública nos Estados Unidos e no Brasil.² Atualmente, os exames para identificação do traço falciforme são empregados no âmbito de uma série de entidades desportivas em todo o mundo, com a finalidade de detectar a necessidade de

¹ Cristiano Guedes e Debora Diniz, *Um Caso de Discriminação Genética: o Traço Falciforme no Brasil*, *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, 2007, p. 507.

² Antonio S. Ramalho et al., *A Portaria MS nº 822/01 e a Triagem Neonatal das Hemoglobinopatias*, *Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia*, v. 24, nº 4, 2002.

acompanhamento médico específico do atleta, que pode apresentar dificuldades de oxigenação. A doutrina médica especializada destaca, contudo, que a mera presença do traço falciforme não é uma doença e não impede, por si só, a prática desportiva.³

No caso concreto, a Confederação Brasileira de Vôlei alegou que o corte da atleta teve o propósito de proteger sua saúde. A CBV tinha, contudo, alternativas à simples exclusão da jogadora, como mantê-la na equipe, sob acompanhamento médico constante, ou mesmo proceder a uma análise mais detalhada da repercussão concreta do traço falciforme sobre seu estado de saúde – repercussão que era, aparentemente, inexistente no momento do corte.

A exclusão da atleta foi, todavia, a medida adotada, a partir da simples identificação do gene defeituoso. A padronização dos exames médicos obrigatórios, a falta de recursos da Confederação para disponibilizar um acompanhamento médico individualizado e prolongado, a elevada competitividade e rigidez do processo seletivo são algumas das razões que poderiam ser invocados para explicar o comportamento da entidade. Nada disso elimina, contudo, o fato de que uma jovem atleta foi vítima de discriminação por força tão-somente da sua condição genética.

O drama da jovem jogadora de vôlei foi registrado com riqueza de detalhes nas páginas dos principais jornais brasileiros. Em postura que merece aplausos, a Confederação Brasileira de Vôlei revisitou sua decisão e, após consultar entidades médicas de renome, reintegrou a atleta à seleção infantojuvenil. O presidente da entidade declarou na ocasião: *"A medicina evolui e, honestamente, era um assunto de nosso desconhecimento."*⁴ A atleta tornou-se uma das principais jogadoras da Superliga feminina de vôlei.

Anos depois, em 2013 na Califórnia, Colman Chadam, um menino de 11 anos, recebeu uma ordem de transferência por parte da instituição de ensino que frequentava. O pedido ocorreu após a instituição tomar conhecimento de que o garoto apresentava indicadores genéticos de fibrose cística, doença hereditária e não contagiosa. A decisão foi justificada pela presença, na mesma instituição, de outros dois irmãos com essa patologia, sob o argumento de que seria perigoso para a saúde dos três indivíduos frequentarem o mesmo ambiente.

³ *"As pessoas com anemia falciforme devem ter cuidado com atividades que exigem esforço físico, pois é uma doença que afeta as hemoglobinas e conseqüentemente dificulta o transporte de oxigênio. Mas traço e anemia falciformes não se confundem no espectro dos marcadores genéticos qualificados como doenças. No caso do traço falciforme, a prática do esporte não é uma contraindicação, pois segundo o National Institutes of Health (NIH), órgão de saúde do governo estadunidense, 'o traço falciforme não impede a participação em esportes competitivos (...) trabalhos científicos mostram que não há aumento de morbidade ou mortalidade entre atletas profissionais com o traço'."* (Cristiano Guedes; Debora Diniz, *Um Caso de Discriminação Genética: o Traço Falciforme no Brasil*, *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, 2007, p. 507.)

⁴ *CBV reconhece erro.* Disponível em: <www.estadao.com.br>, 6.5.2004.

Embora portasse o gene, Colman nunca desenvolveu a doença – e nem se sabe se isso irá ocorrer um dia. Sua família ajuizou uma ação para revogar a ordem de transferência e, onze dias após o início das aulas, chegou a um acordo com o Estado da Califórnia, após avaliação de médicos especialistas assegurar que as três crianças não corriam risco. Para seguir os protocolos de prevenção de contaminação cruzada de pacientes com fibrose cística, o único ajuste realizado foi estabelecer que as crianças não fizessem parte de uma mesma turma.⁵

Também nos Estados Unidos, a Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego (*Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*) ajuizou, em 2014, uma ação em face de uma agência de *home care* de Nova York após denúncias de coleta indevida de informações genéticas de candidatos a vagas de emprego. Esse tipo de conduta é proibida pelo *Genetic Information Non-discrimination Act – GINA*, lei que proíbe empregadores de utilizar informações do histórico genético de uma pessoa para discriminá-la em qualquer seara trabalhista.

No caso em questão, alegou-se que o empregador exigia a realização de uma “*Avaliação de Saúde do Funcionário*”, procedimento que incluiria o preenchimento de um formulário no qual o candidato deveria indicar a ocorrência de algumas doenças no seu histórico de saúde familiar dentre 29 patologias, como diabetes, doença cardíaca e câncer. De acordo com as acusações, aqueles que se candidatavam às vagas de emprego precisavam preencher esse formulário após o recebimento de uma oferta de trabalho condicional, enquanto aqueles que já eram empregados pela empresa deveriam fornecer atualizações anuais. Em 2016, foi celebrado um acordo por meio do qual a agência de *home care* se obrigou a pagar US\$ 125.000,00 para um grupo de funcionários, a remover de seus formulários as perguntas relacionadas ao histórico genético dos candidatos a vagas de emprego e a promover treinamentos internos anti-discriminação.⁶

Informações genéticas podem ser empregadas de modo semelhante por companhias de seguro, instituições financeiras, operadoras de planos de saúde ou, ainda, pelo Poder Público. Numerosos casos demonstram que, em uma sociedade ditada pela *standardização* de procedimentos, o dado genético pode acabar assumindo uma importância decisiva, conduzindo a consequências de caráter absoluto. É raro, nesse contexto, que haja disposição para exames e análises individualizados, procedimentos

⁵ *DNA Got a Kid Kicked Out of School - And It'll Happen Again*. Disponível em: <<https://www.wired.com/2016/02/schools-kicked-boy-based-dna/>>, 2.1.2016; *Colman Chadam, California Boy Ordered To Transfer Schools For Carrying Cystic Fibrosis Gene, Goes Back To Class*. Disponível em: <https://www.huffpost.com/entry/colman-chadam-california-_n_2092816>, 11.8.2012.

⁶ *EEOC Settles Genetic Discrimination Lawsuit for \$125,000*. Disponível em: <www.thenjemploymentlawfirmblog.com>, 6.1.2017.

lentos e custosos, desencorajados por um raciocínio econômico fundado na relação custo-benefício. O tão famigerado determinismo genético não surge como uma postura consciente, mas como efeito perverso da proclamada necessidade de se uniformizar critérios e estabelecer regras comuns a todos, muitas vezes ao argumento de que somente assim seria possível assegurar a igualdade de oportunidades e a livre competição. Sob o manto da isonomia e da liberdade, a discriminação genética prospera.

Pensadores de todo o mundo vêm manifestando preocupação com as repercussões que o mapeamento genético, sem prejuízo de sua robusta utilidade, pode produzir sobre a vida social. Se é certo que o conhecimento de dados genéticos de um indivíduo pode ajudar a prevenir doenças, preservando a sua saúde e a saúde de seus descendentes, também é certo que o uso destes dados genéticos pode acabar conduzindo a diferentes formas de injustificada discriminação.

O tema foi explorado de modo brilhante no Brasil pelo Professor Francisco Vieira Lima Neto em seu livro *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética – Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*. Fruto de sua tese de Doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, produzida sob a segura orientação da Professora Giselda Hironaka, a obra alia profunda pesquisa a uma linguagem extremamente didática, que reflete a consagrada experiência do autor nas salas de aula da Universidade Federal do Espírito Santo. Lima Neto tem, ali, inspirado gerações e gerações de estudantes, que se dedicam ao estudo dos temas mais espinhosos da ciência jurídica contemporânea. Dele poderia se dizer o que Robert Frost disse de si próprio: *“I am not a teacher, but an awakener”*. Seus alunos e ex-alunos falam de Lima Neto com carinho e genuína gratidão pelos *insights* que, em tantos casos, despertaram vocações e mudaram vidas.

No livro em que se dedica a defender um *“direito a não sofrer discriminação genética”*, Lima Neto reitera, a todo tempo, seu compromisso com uma tutela efetiva da personalidade humana na realidade brasileira. Sua escrita é farta em exemplos que atraem o seu leitor para a gravidade do problema que enfrenta:

“No caso de relações de emprego, por exemplo, um trabalhador poderia não ser contratado – ou ser demitido – pelo simples fato de apresentar em seu genoma porções de DNA que revelariam a probabilidade de, em futuro incerto, manifestar doenças ou conduzir-se de maneira não desejada pelo empregador (rebeldia, subversão, desrespeito à autoridade, vício etc.), ainda que no momento do

resultado do teste fosse assintomático e seu estado atual de sanidade lhe garantisse o acesso à vaga na empresa.”⁷

Após definir discriminação genética como “*uma conduta discriminatória por parte do Estado ou grupos empresariais selecionando, pelo conjunto de genes que o sujeito possui, e que tem probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais*”,⁸ o autor aborda de forma corajosa e inovadora as principais questões ligadas às técnicas de análise do DNA humano, à obrigatoriedade e ao sigilo dos resultados de testes preditivos genéticos, ao consentimento esclarecido e, ainda, ao perigo do *reducionismo genético*, que se intensifica com a associação, cada vez mais frequente, entre dados genéticos e tendências comportamentais.⁹

O livro traz, em sua parte final, propostas concretas para a solução dos problemas decorrentes da discriminação genética, demonstrando que a prática “*acarreta um dano moral e garante à pessoa vitimada fazer cessar imediatamente os efeitos do ato discriminatório, ensejando também o direito à reparação, conforme explicitado no art. 11 do novo Código Civil brasileiro.*”¹⁰ Tudo a confirmar que a busca pelo progresso científico não pode ser levada a cabo sem a necessária proteção dos direitos fundamentais de cada ser humano.

Passados mais de dez anos de sua publicação, *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética* continua a ser obra atualíssima, de leitura indispensável não apenas para os interessados em bioética ou biodireito, mas também para todos aqueles que estão conscientes dos desafios do seu próprio tempo.

⁷ Francisco Vieira Lima Neto, *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética – Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

⁸ Francisco Vieira Lima Neto, *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética – Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

⁹ Tome-se aqui como exemplo o episódio ocorrido em 2002 em que pesquisadores do *King's College* de Londres anunciaram a descoberta daquilo que a imprensa internacional denominou de “gene do crime”. Segundo os pesquisadores, a presença de uma específica versão de certo gene, responsável pelo controle da produção da enzima MAOA, teria o condão de aumentar a probabilidade de jovens vítimas de maus-tratos desenvolverem comportamentos criminosos (*Cientistas descobrem gene do crime*. Disponível em: <BBC.Brasil.com>, 2.8.2002.)

¹⁰ Francisco Vieira Lima Neto, *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética – Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 213.

Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10.

Márcio Cammarosano

Doutor e Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP); Coordenador do curso de especialização em direito administrativo da PUC-SP, onde é professor na graduação e pós-graduação, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, - IBDA -, Presidente da Comissão de Estudos de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP – Advogado.

Flávio Henrique Unes Pereira

Doutor e mestre em Direito Administrativo (UFMG). Coordenador e professor do curso de pós-graduação em Direito Administrativo do IDP (Brasília). Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal (IDADF). Foi assessor de Ministros do STJ, TSE e STF. Advogado.

1. Justificativa do tema

A jurisprudência pátria, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, consolidou, após idas e vindas, entendimento sobre ser indispensável a demonstração do dolo nas hipóteses dos artigos 9º e 11, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2.6.1992), superando posição que defendia também a modalidade culposa nesses casos. Todavia, sob a tese do “dolo genérico”, constata-se o risco de responsabilização objetiva da conduta do agente, a revelar mal ainda maior, ao menos, considerando a Constituição da República de 1988.

Por outro lado, subsiste o entendimento da modalidade culposa em relação ao art. 10, da Lei de Improbidade, uma vez que o legislador expressamente se referiu à conduta “dolosa ou culposa” que cause prejuízo ao erário.

Provocado sobre a constitucionalidade da improbidade por ato culposo, o STJ defendeu a aplicação do disposto no art. 10, pois o legislador teria, assim, conferido “*maior efetividade aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (STJ. Ação de Improbidade Administrativa n. 30, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 28.09.2011).

A questão, contudo, merece aprofundamento.

É preciso examinar quais os desdobramentos jurídicos da distinção constitucional entre (i)legalidade, (ii)moralidade administrativa e (iii)improbidade. Caso a modalidade culposa do ato de improbidade conflite com o tratamento constitucional da matéria,

cabará aos operadores do direito instigar a reflexão dos Tribunais pátrios de modo a revisitar a posição predominante.

E este artigo assume o desafio.

2. O risco de esvaziamento do dolo nas hipóteses dos artigos 9º e 11, da Lei de Improbidade Administrativa: estudo de caso

Avanço significativo da jurisprudência pátria ocorreu com a definição de que a modalidade culposa não seria admitida nas hipóteses dos artigos 9º e 11.

Todavia, recente julgado do STJ revela o perigo da interpretação acerca do “dolo genérico”.

No julgamento do REsp. n. 765.212, o ministro Herman Benjamin, relator, reformulou sua posição, aderindo ao entendimento de que apenas o dolo poderia levar à configuração do ato de improbidade. Segundo o magistrado, embora *“continue acreditando ser tecnicamente válida e mais correta”* a tese de que *“os atos de improbidades coibidos pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 podem se configurar por dolo ou culpa na realização da conduta”*, *“no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa.”*

Assim, o ministro concluiu pela ocorrência de ato de improbidade, pois o dolo (*“vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”*) estaria presente na conduta do gestor que realiza promoção pessoal, *“desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade.”*

Embora a fundamentação do voto tenha acolhido a tese da indispensabilidade do dolo na configuração do ato de improbidade, não houve exame do contexto que revelaria a vontade do agente em alcançar o resultado proibido, concluindo-se pela improbidade por não ser *“tolerável olvidar um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, §1º, da Constituição da República.”* E não se pode ignorar que esse entendimento acabou por reformar o acórdão do Tribunal de Justiça que havia entendido pela ausência da comprovação do dolo do agente político.

O mesmo raciocínio, segundo o ministro relator, seria aplicável em relação à contratação de servidor sem concurso público, uma vez que o dolo decorreria da *“inequívoca obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República). É dolo in re ipsa.”*

O “dolo genérico”, ao menos **como** aplicado no precedente em análise, blindaria o julgador do dever de motivar sua decisão a partir do contexto fático. Isto é, *“no terreno*

pragmático”, significaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a improbidade. Em outras palavras, a mera violação a norma, em relação a qual não se pode alegar desconhecimento, atestaria a conduta ímproba.

Percebe-se o perigo de o aplicador da norma ignorar o dever de motivação da decisão, o qual, no juízo de aplicação normativa, está adstrito as peculiaridades fáticas do caso, sem o que não se realiza o direito, ao menos na perspectiva do Estado Democrático de Direito.¹

Voto proferido pelo ministro Felix Fischer, nos autos do RMS n. 19.210, destaca a relevância da motivação. Embora tenha se reportado ao dever do administrador público, a posição aplica-se integralmente à motivação judicial, haja vista que se trata de dever imposto pela Constituição da República aos agentes público *lato sensu*:

“Como pano de fundo desses fundamentos, está o Estado Democrático de Direito, consubstanciado na confiança quanto à legalidade e justiça das decisões administrativas, colocando cidadãos livres de descomedimentos dos eventuais administradores públicos. [...]

Não obstante a clareza desses comandos jurídicos, o que se vê, rotineiramente, são atos e decisões administrativas mascaradas de motivação, na medida em que se limitam a indicar o fato e o dispositivo legal, sem elucidar por que esse fato (motivo) justifica o ato perante o Direito vigente, ou, ainda, apresenta-se um conceito jurídico indeterminado sem a devida correspondência com os motivos (fatos).” (RMS 19210/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235)

A revelar o exercício da devida motivação, também do ministro Felix Fischer voto que concedeu a ordem no MS n. 19.433, no qual todas as peculiaridades do caso foram consideradas para se reconhecer a boa-fé de servidor público. A partir da lição de Klaus Gunther, foi ressaltado o dever de motivação no discurso de aplicação normativa:

“Todavia, como descrito, as peculiaridades do caso em apreço impõem uma decisão adequada, considerando as normas *prima facie* aplicáveis. É o que ensina Klaus Gunter:

‘Se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras que podem ser aplicadas *prima facie* à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Desta maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas.’ (Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6, p. 97)

¹ Sobre o juízo de aplicação normativa e o dever de motivação da decisão: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Forum, 2007. E, também: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa*. In *Revista CEJ*, Brasília, n. 36, p. 30-38. jan./mar. 2007.

Estão em pauta princípios como o da boa-fé, segurança jurídica, legalidade, entre outros, o quais podem colidir no plano abstrato das normas mas que, diante da concretude dos fatos, conduzem a uma decisão adequada para a solução do conflito.” (RMS 19.433/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310)

E nem se diga que, em relação ao citado REsp. n. 765.212 (Rel. Min. Herman Benjamin), a ausência, no acórdão recorrido, de elementos fáticos sobre a conduta do agente político corroboraria a conclusão a que se chegou, pois, caso isso tenha ocorrido, por maior razão seria inviável a reforma do acórdão, haja vista a tão prestigiada Súmula 7/STJ.

Vê-se, portanto, que superada a tese da indispensabilidade do dolo nas hipóteses previstas nos artigos 9º e 11, da Lei de Improbidade, o desafio está na devida avaliação da conduta do agente que revele a sua vontade em atingir o resultado vedado pela norma, à luz do contexto fático e não apenas da mera violação à lei, sob pena de se consagrar a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade administrativa. Indispensável observar que de um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, *ipso facto*, necessariamente, que o resultado (efeito) tenha sido também querido direta ou indiretamente pelo agente.

E é nesse aspecto que a jurisprudência oscila.

Diferentemente do aludido REsp n. 765.212, nos autos AgRg no AREsp n. 270.857, o STJ manteve decisão pela improcedência da ação de improbidade administrativa, *“por ausência dos elementos subjetivos e objetivos, porquanto não comprovada a má-fé dos agentes ou dano ao erário.”*

O ato ímprobo consistiria no fato de o Município de Ponte Nova ter adquirido três retransmissores de televisão da empresa Machado Corrêa, sem o devido procedimento licitatório, razão pela qual o ministério público ajuizou a ação civil pública contra o então prefeito e outros dois servidores municipais. O STJ confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça que partiu da premissa de que *“a infringência aos ditames da Lei n. 8.666/93, por si só, não seria suficiente para a subsunção automática das condutas dos demandados aos tipos previstos na Lei de Improbidade”*. E, ainda, de que *“inexistindo prova de que o administrador tenha se beneficiado com as possíveis falhas, tampouco tenha delas advindo real prejuízo ao erário municipal, improcede a condenação na prática de atos de improbidade administrativa.”* (AgRg no AREsp 270.857/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013).

Nesse caso, verifica-se maior atenção ao requisito do elemento subjetivo, pois não seria apenas a infringência da Lei n. 8.666/93 suficiente para configuração do ato de improbidade.

No âmbito eleitoral o tema da improbidade é igualmente relevante e preocupante, porquanto a alínea "g", do inciso I, do art. 1º, da LC 94, prevê como causa de inelegibilidade a rejeição de contas por vício insanável que configure ato doloso de improbidade. A valoração jurídica sobre a nota de improbidade cabe à Justiça Eleitoral, porquanto os Tribunais de Contas não têm competência para tanto.

No RESpe n. 143-13 (TSE), entendeu-se pela configuração de ato doloso o fato de o candidato não ter cumprido, quando gestor municipal, *"convênio firmado com o Ministério da Saúde ao promover 'uma aquisição a menor de leite em pó e a maior de óleo de soja no âmbito do Programa de Atendimento aos Desnutridos e às Gestantes de Risco Nutricional."*

Muito embora o acórdão regional então recorrido tenha ressaltado que se tratava de *"mera imperícia do administrador"*, o TSE reformou a decisão, posicionando-se pela ocorrência de ato doloso de improbidade. Segundo o Ministro Relator, *"não é lícito ao administrador desconhecer as leis e os convênios aos quais sua gestão está vinculada."* E, ainda, que não se exige *"o dolo específico, bastando para a sua configuração a existência de dolo genérico ou eventual, o que se caracteriza quando o administrador deixa de observar os comandos constitucionais, legais ou contratuais que vinculam a sua atuação."* (Resp. n. 143-13. Rel. Min. Henrique Neves. Publicado na sessão de 6.12.2012)

O que se vê, neste ponto, é o esvaziamento do avanço jurisprudencial sobre a indispensabilidade de conduta dolosa para as hipóteses dos artigos 9º e 11, da Lei de Improbidade, caso se aplique a tese do dolo genérico ou dolo eventual sem a devida perquirição da vontade de realizar fato descrito na norma proibitiva.

3. A inconstitucionalidade da modalidade culposa do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa.

Para examinar a questão focada neste artigo, faz-se necessário verificar os desdobramentos da distinção entre o princípio da legalidade, moralidade e probidade administrativa para, então, saber se o art. 10, da Lei de Improbidade, ao prever a culpa na tipificação do ato ímprobo, seria inconstitucional.

Em outras palavras, a cogitada distinção teria o condão de revelar a inconstitucionalidade da modalidade culposa do art. 10, da Lei de Improbidade? Ou, ainda, seria possível que, objetivamente, ato ilegal ou imoral seja qualificado como ímprobo, ainda que o agente público não tenha desejado o resultado ilegal ou imoral?

A nomeação de parentes para cargo de provimento em comissão, por exemplo, tem sido reconhecida pelo STF como ato violador da moralidade administrativa, o que evidenciaria a possibilidade de ter sido praticado ato imoral sem ocorrência do

elemento subjetivo. Tanto assim que foi determinada a exoneração dos parentes nomeados para cargos, sem que houvesse responsabilização daquele que promoveu a nomeação. Diferente a situação daquele que, uma vez alertado sobre a conduta imoral, insista na conduta.

Ainda mais visível a possibilidade de violação da legalidade sem que, necessariamente, haja elemento subjetivo na conduta do agente. Basta ver dezenas de situações em que é concedida a ordem em mandado de segurança e, pois, praticado o ato ilegal, ainda que a autoridade coatora não tenha agido com dolo ou culpa.

Com efeito, é possível falar em ilegalidade e imoralidade sem que, necessariamente, esteja em pauta a vontade de atingir resultado vedado pela norma.

A (im)probidade administrativa, por outro lado, detém característica própria que lhe confere identidade e tratamento constitucional autônomo. Não sem razão o constituinte, ao lado da moralidade e da legalidade, trata da (im)probidade administrativa:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

V - a probidade na administração;

Diante do tratamento autônomo entre legalidade, moralidade e improbidade, impõe-se ao operador do direito desvelar, a partir da interpretação sistemática do texto constitucional, as diferenças consideradas pelo constituinte.

Percebe-se, claramente, que em mais de uma passagem o constituinte atrelou a (im)probidade administrativa à imposição de sanções de extrema gravidade: i) no art. 15, V, e art. 37, §4º, ao prever a suspensão ou perda dos direitos políticos; ii) no art. 37, §4º, ao dispor sobre a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário; e, no art. 85, ao disciplinar o crime de responsabilidade.

Tal constatação autoriza concluir que a improbidade administrativa, diferentemente da ilegalidade ou imoralidade, somente ocorre na perspectiva de grave abuso do direito ou do desvio de finalidade, a atrair, necessariamente, o elemento subjetivo por parte do agente público.

Caso contrário, não subsistiria diferença alguma entre (im)probidade e (i)moralidade administrativas, e até mesmo em relação à (i)legalidade.

Desse modo, vê-se sentido na afirmação de que a improbidade administrativa seria forma qualificada de ilegalidade ou imoralidade. **Todavia, a forma qualificada está vinculada à noção de desvio de finalidade, a impossibilitar a modalidade culposa do agente.**

É que o desvio de finalidade pressupõe, exatamente, o móvel do agente dirigido a determinado fim vedado pelo ordenamento, dolo, portanto, não sendo cabível sustentar que se almeja algo de modo culposos. Em outras palavras, é incompatível a forma culposa com o desejo de se obter determinado resultado, que se sabe ofensivo à ordem jurídica mediante certa conduta humana.

Contudo, o STJ, conforme noticiado no início deste artigo, não examina a questão em profundidade e destaca o fato de haver previsão expressa, no art. 10, da modalidade culposa. Ilustrativamente, recente decisão condenou ex-prefeito municipal que, em patente violação ao art. 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal, contraiu obrigações de despesa nos dois últimos quadrimestres do seu mandato, sem disponibilidade de caixa para seu pagamento. Daí, ter-se concluído ter o "*réu agido ao menos com culpa na gestão dos recursos públicos, o que é suficiente para o enquadramento nas condutas previstas no art. 10 da LIA.*" (REsp 1252341/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013)

Impõe-se, à vista do exposto, aprofundar o exame da matéria considerando criteriosamente os conceitos legalidade, moralidade e probidade, e também os conceitos má-fé e boa-fé, e ainda o dolo e a culpa.

Que a lei de improbidade administrativa contempla improbidade na modalidade culposa, é obvio. Basta que se proceda à leitura de seu art. 10, *caput*, que reza:

“Art. 10- Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas no art. 1º dessa lei;”

Se assim é, só há sentido em discutir a admissibilidade ou não de improbidade administrativa na modalidade culposa na medida em que se possa levantar fundadas dúvidas quanto à compatibilidade do disposto no art. 10, *caput*, com disposições constitucionais pertinentes à matéria.

Destarte, cabe indagar: pode haver dúvidas quanto à compatibilidade da lei com a Constituição da República? Parece que sim, pois admitir improbidade na modalidade culposa significa admitir a condenação de alguém às gravíssimas sanções nela cominadas, quer tenha ou não agido com dolo, não obstante soe desarrazoado, *prima facie*, qualificar igualmente como ímprobos pessoas que tenham violado a ordem jurídica agindo, no que concerne ao elemento subjetivo, de forma acentuadamente desigual. Improbidade também na modalidade culposa soa, destarte, ofensiva ao princípio constitucional da isonomia, que postula, fundamentalmente, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Poder-se-ia dizer que a própria Lei de Improbidade admite alguma discricionariedade judicial – que não se confunde com conveniência e oportunidade do julgador - na aplicação das sanções que comina, em face também da gravidade do fato (art. 12). Mas nem de longe a Lei dá às hipóteses de dolo ou culpa relevo especial, como ocorre, por exemplo, em matéria penal.

Esse argumento, isoladamente considerado pode não se apresentar suficientemente convincente, mas, somados a outros, há de pelo menos inquietar os espíritos desarmados.

Ora, dentre outros argumentos hábeis a robustecer o estado de dúvida inicial quanto à constitucionalidade da previsão legal de improbidade culposa, pode-se invocar um de singular importância, qual seja: conquanto a Constituição da República não tenha definido improbidade, ensejando o entendimento de que à lei então cabe assim qualificar os comportamentos que melhor lhe aprouver, o fato é que essa suposta discricionariedade legislativa não é tão ampla quanto alguns supõem, pois o conceito de que a palavra improbidade é expressão verbal é, antes de tudo, conceito constitucional. E constitucionais são também os conceitos de legalidade e

moralidade, razão pela qual a extensão dos mesmos há de comportar limites extraíveis da própria Constituição, e que à legislação ordinária não é dado ignorar.

Legalidade, moralidade e probidade não são expressões sinônimas. Tanto é verdade que não é toda e qualquer ofensa à ordem jurídica que enseja propositura da ação popular a título de proteção da moralidade administrativa (CR, art 5º, LXXIII) ou a aplicação das sanções que a Constituição prescreve como aplicáveis a atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º).

Segue-se que pode haver ofensas à ordem jurídica – ilegalidades – que não impliquem necessariamente ofensa à moralidade administrativa e muito menos ofensa à probidade.

Suponhamos que haja indeferimento de um pedido de licença que tenha ensejado ao interessado pleitear perante o Judiciário o reconhecimento do seu direito de obtê-la e que, a final, o Judiciário dê pela procedência da ação acolhendo a alegação do autor de que o indeferimento foi ilegal, ilegalidade essa decorrente de interpretação equivocada da autoridade administrativa quanto à lei a aplicar. Terá havido decisão administrativa ilegal, mas não necessariamente eivada de improbidade. Sequer ofensa à moralidade administrativa terá ocorrido.

Forçoso reconhecer, destarte, que há de haver critério jurídico hábil à identificação de atos que, além de ofensivos à ordem jurídica, sejam também não apenas ilegais, mas atos de improbidade, de sorte que o legislador não seja absolutamente livre para qualificar como sendo improbidade quaisquer ações ou omissões. Além de ofensivas à ordem jurídica, ações passíveis de serem qualificadas como improbidade são apenas aquelas que se distingam das demais por reunirem alguma nota característica peculiar a ser encontrada no próprio sistema constitucional. Se referida nota ficasse a critério do legislador ordinário, a este não se poderia, nesse aspecto, reconhecer limites extraíveis do referido sistema, o que pode ensejar, como já ensejou, exageros da lei ordinária. E sem limitações ao legislador ordinário de nada adiantaria dizer que no sistema constitucional legalidade, moralidade e probidade não são expressões sinônimas.

Mas como então extrair do sistema constitucional os núcleos conceituais de legalidade, moralidade e probidade? A resposta que nos parece racionalmente aceitável é a de que o sentido e alcance dos referidos termos ou palavras, exatamente por estarem utilizados pela Constituição, há de ser aquele da linguagem comum, consoante professam os estudiosos de hermenêutica constitucional², a menos que a própria Constituição lhes tivesse emprestado significações outras, o que não fez.

² Regina Maria Macedo Nery Ferrari, em sua obra *Direito Constitucional*, editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 92, anota: "As normas constitucionais apresentam singularidade quanto a seus termos, e isto

Destarte, legalidade é a qualidade do que é legal, do que está conforme a ordem jurídica em vigor. Moralidade é a qualidade do que está de acordo com valores dos quais se ocupa a ética, ramo do conhecimento voltado à identificação do que é bom ou mau, do que é virtude ou vício. Mas a moralidade postulada pela Constituição é, a nosso ver, moral jurídica³, assim compreendida aquela que é consubstanciada pelos valores morais juridicizados, isto é, encampados pelo direito posto, que prestigia, por exemplo, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a veracidade, a solidariedade, a honradez, dentre outros valores. Nessa ordem de raciocínio, comportamentos ofensivos à ordem jurídica, violadores de normas que juridicizam valores morais, são comportamentos ilegais agravados.

Mas a violação da ordem jurídica pode ainda apresentar-se especialmente qualificada pelo atuar com desonestidade, dolosamente, mediante fraude, de sorte a ensejar a aplicação de sanções as mais severas, porque aí sim estar-se-a à diante de improbidade administrativa, de comportamento de quem **objetivou resultado** de cuja especial antijuridicidade qualificada pela desonestidade tinha plena consciência.

Há que se reconhecer, portanto, diferentes graus quanto à gravidade do comportamento ofensivo à ordem jurídica. Todo comportamento, ou resultado de que seja causa, em desacordo com a ordem jurídica, ofensivo a regras e ou princípios jurídicos que a compõem caracteriza-se como ilegalidade. Se a ilegalidade implicar ofensa às normas que juridicizam valores morais, como ocorre com qualquer intencional violação da lei ou desvio de finalidade, a ilegalidade restará agravada, configurando ofensa à moralidade administrativa, ensejando até a propositura, por qualquer cidadão, de ação popular (Constituição da República, art. 5º, LXXIII). Mas se a ofensa à ordem jurídica implicar ainda desvio ético-jurídico de superlativa gravidade, consubstanciando desonestidade, referida ofensa à ordem jurídica especialmente qualificada configura, aí sim, improbidade administrativa.

levou Geraldo Ataliba afirmar que “a interpretação da lei constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos. Na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário a preferência recai sobre o sentido técnico, sendo que a aceção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma aceção técnica”. Ver também J.J Gomes Canotilho, in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, ed Almedina, 3º ed, 1998, p. 1143, nota de rodapé nº 16, que anota: “Na jurisprudência e doutrina americanas os dois cânones de “constitucional construction” mais utilizados têm sido os seguintes: (1) as palavras ou termos da constituição devem ser interpretados no seu sentido normal, natural, usual, comum, ordinário ou popular; (2) quando se utilizam termos técnicos eles devem ter sentido técnico”.

³ Ver Márcio Cammarosano in “O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa”, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006; “Moralidade Administrativa” in Tratado de Direito Administrativo, coordenação de Adilson Abreu Dallari e outros, Ed. Saraiva, 2013, vol 1, pp. 256 a 275.

Digno de nota, a propósito, que a Constituição da República quando se refere a improbidade prescreve que as sanções cabíveis, que enumera, de acentuada severidade devem ser aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º última parte), e que atos do Presidente da República atentatórios à probidade na administração são crimes de responsabilidade (art. 85, V).

Também é digno de nota o erro em que alguns laboram ao confundir o comportamento imputável a alguém com o resultado de que o comportamento tenha sido causa.

De um comportamento voluntário (causa) não se pode concluir, *ipso facto*, necessariamente, que o resultado (efeito) tenha sido também querido direta ou indiretamente pelo agente.

O comportamento pode haver sido voluntário e, em princípio lícito, mas o resultado ilícito de que o comportamento tenha sido causa pode não haver sido querido. Não obstante objetivamente ilícito o resultado, não há que se falar em improbidade administrativa⁴.

O motorista de veículo oficial que está a dirigi-lo (ação voluntária), e que, revelando imperícia diante de uma circunstância qualquer, acaba por provocar um acidente de trânsito (resultado), responderá pelo dano causado inclusive ao veículo oficial, mas a título de culpa, e não de dolo. Mesmo assim terá cometido improbidade nos termos do art. 10, caput, da Lei de Improbidade, já que ensejou, embora culposamente, perda patrimonial? É evidente que não.

O agente de trânsito que lavra auto de infração, o faz voluntariamente. Mas se o faz supondo que ocorreu infração que em rigor não existiu, equivocando-se, por exemplo, quanto a haver sido desrespeitado sinal de trânsito, terá expedido voluntariamente ato administrativo inválido sem que tenha querido prejudicar indevidamente o suposto infrator. Haverá de responder por improbidade por ofensa ao princípio da legalidade, nos termos do art. 11, caput, da Lei de Improbidade? Parece evidente que não.

Equívoco comum é ignorar que improbidade, além de pressupor ofensa à ordem jurídica e à moralidade administrativa, pressupõe, repita-se, também grave desvio ético, inexistente nos casos de culpa.

⁴ Nesse sentido Sirlene Arêdes, ao destacar a intenção do agente que pratica ato de improbidade: "Se a improbidade administrativa caracteriza-se pela **busca de um fim não aceito** pela ordem jurídica ou pelo uso de um meio ilícito e **volitivamente escolhido**, não há como existir na modalidade culposa, uma vez que a culpa só existe quando o fim buscado pelo agente é lícito." (ARÊDES, Sirlene. Responsabilização do Agente Público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 168).

Como falar em grave desvio ético sem que o agente ao qual se imputa ofensa à ordem jurídica tenha se conduzido sem propósito viciado, eivado de má-fé, sem consciência da antijuridicidade do resultado a que, a final, tenha dado causa? Só há grave desvio ético quando alguém atua revelando, repita-se, móvel viciado, má intenção, desígnio moralmente reprovável, a ensejar reação mais severa da ordem jurídica do que a prevista para fulminar de nulidade atos meramente em descompasso com a ordem jurídica, ou para apenar administrativamente um servidor ou obrigá-lo à reparação civil do dano causado.

Ofensas à ordem jurídica podem ser detectadas objetivamente, até independentemente de dolo ou culpa, mas a qualificação da ilegalidade comporta gradação consoante o elemento subjetivo na medida de sua censurabilidade. Em havendo ofensa à ordem jurídica qualificada pela especial censurabilidade ético-jurídica de quem se revela desonesto, aí sim cabe considerar a existência de improbidade, e não mera ilegalidade ou ofensa apenas à moralidade administrativa, em razão mesmo do princípio da proporcionabilidade que também condiciona o exercício da própria função legislativa.

Por fim, merece especial atenção o fato de nosso ordenamento jurídico, sabidamente, atribuir à boa-fé especial relevância jurídica, nos mais variados ramos do direito, público e privado, dispensando aos que dela estejam imbuídos tratamento diferenciado daquele reservado àqueles que atuam de má-fé.

Afinal, grave desvio ético-jurídico ensejador de qualificação como improbidade administrativa, mercê de sua superlativa censurabilidade, pressupõe exercício de livre arbítrio, de opção por atuar objetivando conscientemente um resultado sabidamente ilícito e desonesto.

O Direito chega até a proteger os que agem de boa-fé e penaliza os que obram de má-fé, razão pela qual não se pode admitir que a Lei de Improbidade Administrativa ignore ou minimize referidos elementos subjetivos antagônicos, dispensando em face de ambos substancialmente o mesmo tratamento, como faz expressa e inconstitucionalmente em seu art. 10, *caput*.

A prescrição no processo administrativo disciplinar e a sua relação com os demais sistemas de responsabilização¹

Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli

Doutoranda em Direito Administrativo e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora (em estágio docente) na PUC/SP no curso de graduação em Direito Administrativo. Professora de cursos de especialização. Advogada.

Fabio Paulo Reis de Santana

Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor do curso de especialização em Direito Administrativo da PUC/SP. Procurador do Município de São Paulo. Advogado.

Sumário: Introdução. 1. A prescrição enquanto garantia do ordenamento jurídico. 2. A prescrição nos diferentes sistemas de responsabilização. 2.1. A relevância da configuração de uma infração administrativa disciplinar. 2.2. A dinâmica dos prazos prescricionais existentes nos principais ramos do direito brasileiro. 3. A prescrição no processo administrativo disciplinar quando a infração caracterizar crime e/ou ato de improbidade administrativa. Conclusão. Referências.

Introdução

A prescrição consiste em tema muito caro ao estudioso do direito administrativo sancionador, porque configura o limite temporal para a atividade persecutória do Estado, em razão da garantia fundamental da segurança jurídica.

¹ Republicação de: FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini; SANTANA, Fabio Paulo Reis de. **A prescrição no processo administrativo disciplinar e a sua relação com os demais sistemas de responsabilização**. In: BARATA, Ana Maria Rodrigues; GONTIJO, Danielly Cristina Araújo; PEREIRA, Flávio Henriques Unes (org.). Coleção de direito administrativo sancionador. Direito administrativo sancionador disciplinar. v. 2. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021. pp. 233-254.

Ao representar a síntese de interesses contrapostos – de um lado, o dever punitivo estatal, e, de outro, a resistência à sanção – a prescrição demanda a fixação de prazos razoáveis, para que não haja impunidade e nem prejuízo à estabilidade do ordenamento jurídico.

Diante disso, o presente artigo tem, portanto, a finalidade de analisar alguns aspectos da prescrição nos diferentes sistemas de responsabilização, verificando se esses sistemas se relacionam e como se relacionam.

Assim, o artigo lançará luzes sobre a ocorrência da prescrição no contexto da penalidade disciplinar, notadamente quando a infração disciplinar configurar também crime ou ato de improbidade administrativa, tendo em vista que esses diplomas normativos tratam dos prazos prescricionais de formas diferentes.

Para tanto, e considerando que cada ente possui legitimidade para disciplinar o estatuto que regerá os seus respectivos servidores, analisaremos no presente estudo as normas previstas na Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), na Lei Estadual 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) e na Lei Municipal 8.989/79 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo), bem como a doutrina e a legislação pátria vigente.

1. A prescrição enquanto garantia do ordenamento jurídico

O instituto da prescrição, como leciona SAN TIAGO DANTAS, tem sua origem numa das razões de ser da própria ordem jurídica, que, de um lado, visa a distribuir a justiça e, de outro, estabelecer a *segurança* nas relações sociais².

Assim, a exposição permanente das pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos – tal qual a espada de Dâmocles³ – culmina por manter os indivíduos no *estado de natureza* hobbesiano, obstando a convivência pacífica em sociedade.

No *Leviatã*, THOMAS HOBBS sustenta que a insegurança, que impera no estado de natureza, configura uma das causas para a guerra entre os indivíduos⁴. Desse modo, caberia ao Soberano o dever de por fim a essa insegurança que paira entre os homens, uma vez que, tal como a natureza do mau tempo não se traduz em dois ou três chuviscos, mas numa tendência para chover, da mesma maneira a natureza de guerra

² DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: parte geral**. v. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1979. p. 396.

³ *Ibidem*. p. 397.

⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1ª ed. trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. rev. trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes. 2003. Parte 1. Cap. XXXI. p. 108.

não consiste apenas na luta efetiva entre os homens, mas também na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário.

Nesse sentido, segundo RENATO JANINE RIBEIRO, o estado de natureza afigurar-se-ia uma condição de guerra, porque “cada um se imagina (com ou sem razão) poderoso, perseguido, traído”⁵.

Assim, a proteção à segurança jurídica (previsibilidade) consiste em pilar fundamental do ordenamento jurídico, que, consoante as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, simboliza “uma das mais profundas aspirações do homem”⁶, ou nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, constitui o “cimento das civilizações”⁷, sem a qual a convivência pacífica em sociedade não consegue prosperar.

Há autores que costumam extrair o princípio da segurança jurídica da previsão contida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que assegura a irretroatividade da lei⁸. Em outras palavras, sequer a lei desfruta de força suficiente capaz de modificar uma situação anterior já consolidada.

Todavia, a doutrina majoritária, na esteira de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, aponta que o princípio da segurança jurídica não poderia ser extraído de nenhum dispositivo constitucional especificamente. No entanto, seria da essência do próprio Direito, notadamente do Estado Democrático de Direito, de tal maneira que permearia o sistema constitucional como um todo⁹.

Nessa ordem de ideias, o Estado Democrático de Direito veio expressamente instituído no artigo 1º, *caput*, da Carta Magna, de maneira que se conclui que a segurança jurídica constitui princípio positivado pela República Federativa do Brasil e que se espraia por todo o ordenamento jurídico.

Além disso, a Constituição Federal também estabelece no artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro.

⁵ RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. In Os Clássicos da Política. v. 1. Org. WEFORT, Francisco C. 13 ed. São Paulo: Editora Ática. 2001. p. 59.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 128.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. versão eletrônica. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 146.

⁸ O artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal preconiza que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de... *Op. Cit.* p. 127. Nesse mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 1384. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. versão eletrônica. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 643.

Como é cediço, o transcurso do lapso temporal em que a Administração Pública pode investir (com ou sem razão) contra o administrado produz um sentimento de angústia e de insegurança, que, além de indesejado para vida em sociedade, como visto acima, é potencialmente violador da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, a permanência por tempo indeterminado nesse estado de coisas se afigura inadequada perante a moldura constitucional definida pelos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Assim, faz-se indispensável que as investidas estatais persecutórias apresentem um termo final para acontecimento, por meio da definição de prazos previamente estipulados.

Portanto, como demonstrado acima, nenhuma dúvida paira acerca da necessidade de previsão de prazo prescricional para a atuação estatal. Como afirma CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção”¹⁰.

Dessa forma, cabe, doravante, investigar os prazos prescricionais existentes no ordenamento jurídico e quais são aplicáveis no âmbito do processo administrativo disciplinar para fins de reconhecimento da extinção da punibilidade do agente público.

2. A prescrição nos diferentes sistemas de responsabilização

O legislador, ao criar uma norma geral e abstrata, de modo a estabelecer uma consequência jurídica para uma dada hipótese, leva em consideração diversos fatores: quem são os destinatários da norma; o seu âmbito espacial e temporal; qual a conduta (comissiva ou omissiva) permissiva, obrigatória ou proibida que, se realizada, dará ensejo a uma ou mais sanções; a natureza do ato praticado; a importância, para o Direito, do bem jurídico violado; o elemento subjetivo do autor da conduta ensejadora da sanção, dentre outros fatores.

Ocorre que, muitas vezes, um mesmo fato pode ensejar consequências em esferas diversas – penal, civil e administrativa, por exemplo –, cada qual com seu regime específico de responsabilização (tanto em relação às sanções quanto na forma de cômputo de prazos prescricionais), razão pela qual se faz necessário analisar em que medida essa multiplicidade de efeitos jurídicos poderia impactar no reconhecimento da prescrição de uma infração disciplinar.

Evidentemente, no regime jurídico de direito sancionador, infrações mais graves são passíveis, em regra, de sanções mais rigorosas; já as mais leves, por sua vez, são apenas de forma mais branda. Nada mais natural, pois a reação do ordenamento jurídico deve ser proporcional à ilegalidade cometida.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1994. p. 477.

Deve haver, ainda, um certo parâmetro a ser observado entre as sanções e consequências jurídicas impostas a um determinado ato, a fim de que o destinatário da norma tenha previsibilidade dos efeitos de sua conduta, sob pena de violação à segurança jurídica.

Isso significa que, em um mesmo diploma normativo, condutas da mesma natureza devem ter sanções semelhantes, devendo ser previstas penalidades mínimas e máximas passíveis de serem dimensionadas.

Esse mesmo raciocínio também pode ser constatado quando da fixação, pelo legislador, de prazos prescricionais, seja para estabelecer prazos mais amplos, seja para prever prazos mais exíguos, pois estes devem ser fixados de acordo com a infração a ser objeto de apuração e eventual penalização.

A questão dessa relação entre as instâncias – administrativa e jurisdicional [civil e penal] – para fins de análise da prescrição deve ser tratada sob dois enfoques: o primeiro, diz respeito à própria configuração da infração administrativa; o segundo, sobre o cômputo do prazo prescricional.

2.1. A relevância na configuração de uma infração administrativa disciplinar

Pode-se afirmar que o Direito Administrativo Disciplinar integra, ao lado do Direito Penal, o que se denomina de “Direito Sancionador”, cujo regime jurídico é demarcado por regras e princípios, implícitos e explícitos, que disciplinam a atividade sancionatória. Isso porque, conforme afirmou NELSON HUNGRIA, anos atrás, em frase célebre, ontologicamente não há diferença entre os ilícitos penais e administrativos¹¹.

Contudo, não obstante a existência desse regime jurídico “Sancionador”, que se fundamenta na unidade do *jus puniendi* estatal, é inegável a existência de algumas peculiaridades em matéria de infrações/sanções nas diferentes instâncias, mesmo porque tutelam bens diversos (a sanção administrativa tem por finalidade reprimir condutas que atentem contra o bom funcionamento da Administração, enquanto os ilícitos penais visam reprimir condutas indesejadas à sociedade de um modo geral).

¹¹ HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo (Seleção Histórica, 1945-1995). p. 17. No mesmo sentido, posiciona-se a melhor doutrina: Celso Antônio Bandeira de Mello (In Curso de **Direito Administrativo**, 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2020, p.898), Régis Fernandes de Oliveira (**Infrações e Sanções Administrativas**, São Paulo: Editora RT, 1985, pp. 25-33, Daniel Ferreira (**Sanções Administrativas**, Malheiros Editores, 2001, pp. 59-60), e Heraldo Garcia Vitta (**A sanção no Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 34). Regis Fernandes de Oliveira (**Infrações e Sanções Administrativas**, 3ª edição, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 72).

Por esta razão, é importante classificar adequadamente os tipos de infrações – penal, civil e administrativa – cuja diferença, em sua essência, é de natureza formal, sendo determinada, portanto, pela autoridade competente para aplicá-la¹².

Assim, podemos conceituar a infração administrativa disciplinar como sendo a violação, pelo servidor público, de um dever estabelecido por uma norma (lei ou norma administrativa), passível de sanção, a ser aplicada pela autoridade competente.

As infrações disciplinares, justamente por regularem condutas praticadas em relações de sujeição especial¹³, prescindem de lei e podem apresentar tipos mais abertos, de forma a abarcar diversas condutas. Algumas dessas condutas são, inclusive, previstas em “normas de reenvio em branco”, que demandam uma análise da instância responsável por definir o que será conduta criminosa ou não¹⁴.

De toda forma, quando uma lei ou norma administrativa estabelecer ao servidor um dever jurídico que ensejar, em caso de violação, responsabilização administrativa, civil e penal, teremos as seguintes situações: (i) a lei ou norma administrativa *descreve exatamente a conduta* que, se praticada, acarretará a correspondente sanção; (ii) a lei ou norma administrativa *apenas prevê que a prática de crime* acarretará a sanção prevista na lei, remetendo, portanto, à instância penal a competência para apreciar, em última análise, a prática de crime.

No primeiro caso, quando a lei ou norma administrativa descreve a conduta que caracteriza infração disciplinar, entendemos que a Administração poderá penalizar de imediato o servidor, se constatada, durante a apuração dos fatos, a ocorrência da infração disciplinar, podendo reconhecer até mesmo a ocorrência de ato de improbidade administrativa, já que muitos estatutos dos servidores tipificam o ato de improbidade como infração disciplinar passível de pena de demissão, como, por exemplo, ocorre na Lei 8.112/90 (artigo 132, inciso IV) e na Lei Estadual 10.261/68 (artigo 257, inciso XIII).

¹² Adotamos o posicionamento de Heraldo Garcia Vitta, que adota o critério formal para distinguir as infrações e sanções administrativas das infrações e sanções penais. *Op. Cit.*, p. 34.

¹³ As relações de sujeição especial, nas palavras de Maurício Zockun e Carolina Zancaner Zockun, “São regras que pretendem dispor as relações jurídicas daqueles que são “incluídos no âmbito administrativo”, como averba Hermut Maurer. Assim, se o particular voluntariamente se insere na estrutura orgânica da administração para com ela se relacionar, entabulando relações jurídicas, a ele podem ser aplicadas as regras edificadas pelo Estado para disciplinar o funcionamento do aparato estatal, e não aquelas destinadas a disciplinar as relações formadas entre Estado e a generalidade dos administrados. ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **A relação de sujeição especial no direito brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141.

¹⁴ MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e Penas: A Independência entre as Instâncias Administrativa e Jurisdicional Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020. p. 33.

Contudo, na segunda hipótese, em que a norma, em seu tipo, faz apenas remissão à prática de crime (como condição necessária para a existência da infração), a administração estará vinculada, ao final, ao que for decidido na instância penal, podendo ter liberdade somente para punir o servidor por eventual cometimento de falta residual.

Como é cediço, o ordenamento jurídico estabelece, ainda, de forma expressa, duas hipóteses em que a regra da independência das instâncias é relativizada, quais sejam, a absolvição criminal por *negativa de autoria* e a absolvição por *inexistência de materialidade* (fundamentadas no artigo 386, incisos I e IV, do Código de Processo Penal), que produzem efeitos vinculantes para a Administração e para fins de responsabilização civil (artigo 935 do Código Civil).

Estas seriam as únicas hipóteses de absolvição que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), poderiam repercutir nas demais instâncias. Nesse sentido, diversos são os precedentes da Corte: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014.

No entanto, esse entendimento – em verdade, um dogma – merece ser revisitado, para abarcar, para fins de reflexos na instância administrativa, a absolvição de servidor, por *insuficiência de provas* (artigo 386, inciso VII, do CPP), nos casos em que as autoridades jurisdicionais penal e administrativa disciplinar dispuserem dos *mesmos elementos probatórios*¹⁵, uma vez que incoerências dessa natureza não podem ser toleradas pelo Direito.

Nesse sentido, concordamos com o posicionamento de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, que, ao interpretar o artigo 126 da Lei 8.112/90 conforme a Constituição Federal, a fim de harmonizá-lo com o princípio constitucional da presunção de inocência, sustenta que a sentença penal absolutória transitada em julgado sempre deve repercutir no processo administrativo, qualquer que seja o fundamento invocado para absolvição (falta de provas, extinção da punibilidade por prescrição, dentre outras), evitando-se, assim, “uma distinção hierárquica entre as sentenças penais absolutórias”¹⁶.

Isso porque a unidade do *jus puniendi* estatal traz, como consequência, a unidade de garantias e a exigibilidade de coerência entre os julgamentos, por diferentes instâncias,

¹⁵ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 155.

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O Mensalão e a propalada independência das instâncias**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 933, jul. 2013. p. 445-454.

do mesmo fato considerado ilícito pelo Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador¹⁷.

Assim, se o Poder Judiciário, por exemplo, decidir pela absolvição do servidor pela prática de um crime contra a Administração Pública – ainda que por insuficiência de provas – não pode a Administração condená-lo por tê-lo cometido com base nos mesmos fatos e provas, ainda que ela tipifique essa conduta com outra roupagem, por exemplo, como “falta grave”.

Até mesmo na seara da responsabilização civil, se o Poder Judiciário, ao apreciar um fato que constituiu objeto de punição disciplinar, entender que este não existiu ou reconhecer a inexistência de ilicitude no comportamento do servidor público que foi punido, a penalidade administrativa aplicada deve ser objeto de revisão pela Administração.

Desse modo, nos casos em que um mesmo fato desencadear processos de responsabilização nas esferas penal e administrativa, a suspensão do processo administrativo até a decisão definitiva do juízo criminal se revela recomendável, para que não sobrevenham decisões conflitantes, muito embora a Administração não esteja obrigada a suspendê-lo, consoante entendimento das Cortes Superiores, como se verá adiante, relevando lembrar que, nos casos de absolvição do servidor pelo Poder Judiciário, a Administração poderá responsabilizá-lo se subsistir, à luz das normas que disciplinam a relação jurídica entre ambos, alguma conduta remanescente, conforme dispõe a Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal¹⁸.

2.2. A dinâmica dos prazos prescricionais existentes nos principais ramos do direito brasileiro

O segundo aspecto que merece destaque diz respeito ao cômputo dos prazos prescricionais pelos diferentes ramos no ordenamento jurídico e no que isso poderia repercutir no reconhecimento da prescrição de uma infração disciplinar.

Para ilustrarmos melhor a questão, tomemos, por exemplo, a Lei 8.112/1990. Referida lei, ao dispor no artigo 142 acerca dos prazos prescricionais, estabelece que a ação disciplinar prescreverá nos seguintes prazos: (i) em 5 (cinco) anos, nos casos em que às infrações forem passíveis de demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade e destituição de cargo em comissão; (ii) em 2 (dois) anos, nos casos em que couber a

¹⁷ MACHADO, Antonio Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 13.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 18**, de 13 de dezembro de 1963. Tribunal Pleno. Súmula 18 do STF: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”.

aplicação de pena de suspensão; (iii) em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

Contudo, o dispositivo supramencionado prevê que, quando a infração disciplinar for capitulada também como crime, aplica-se o prazo prescricional previsto na lei penal.

Os prazos prescricionais estabelecidos na Lei 8.112/90 também constam nas legislações de muitos entes federados, como, por exemplo, nas leis que constituem objeto de nosso estudo, a Lei Estadual 10.261/68 e a Lei Municipal 8.989/79, as quais preveem prazos prescricionais muito parecidos.

Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, as legislações administrativas disciplinares dispõem, em regra, que a prescrição começa a fluir: (i) do dia em que infração foi cometida (§1º, "1", do artigo 261, da Lei Estadual 10.261/68); (ii) do dia em que a autoridade superior tomou conhecimento da infração (§ 1º do artigo 142 da Lei 8.112/90); ou (iii) em caso de infrações continuadas ou permanentes, do dia em que cessar a continuação ou permanência (§1º, "2", do artigo 261, da Lei Estadual 10.261/68).

Em matéria de infrações disciplinares, os respectivos estatutos dos funcionários públicos preconizam, como regra geral, a abertura do procedimento administrativo competente como causa interruptiva da prescrição, retomando, do início, o cômputo do prazo prescricional¹⁹.

No que diz respeito à infração disciplinar prevista em lei como infração penal, referidos diplomas normativos – estadual e municipal – também preveem a aplicação do prazo prescricional previsto para a infração penal, com base na pena do crime em abstrato, se superior a 5 (cinco) anos, ou seja, aplica-se a prescrição prevista na norma penal apenas e tão somente se ultrapassar o prazo de 5 (cinco) anos.

O Código Penal (Decreto-lei 2.848/1040), por sua vez, ao tratar em seu artigo 109 da prescrição da pena em abstrato (antes de transitar em julgado a sentença), prevê prazos prescricionais de 3 (três), 4 (quatro), 8 (oito), 12 (doze), 16 (dezesesseis) e 20 (vinte) anos, a serem fixados de acordo com a pena máxima prevista para o crime.

Logo, verifica-se que a natureza da infração a ser objeto de apuração (se meramente administrativa ou se constitui fato definido como crime) é elemento essencial para a fixação do prazo prescricional, já que, em tese, este poderia ocorrer, de acordo com a conduta do servidor, entre 180 dias a 20 anos.

¹⁹ Artigo 142, §3º, da Lei 8.112/90; artigo 261, §2º, da Lei Estadual 10.261/68; e artigo 197, §1º, da Lei Municipal 8.989/79.

Desse modo, a aferição do prazo prescricional no processo administrativo disciplinar dependerá, muitas vezes, do juízo criminal no tocante à capitulação do crime imputado ao agente, pois o Poder competente para definir qual foi o crime ocorrido – se ocorrido – é a Justiça Criminal, e não a Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, faz-se necessário analisar com mais detalhes esse cenário, conforme se verá adiante.

3. A prescrição no processo administrativo disciplinar quando a infração caracterizar crime e/ou ato de improbidade administrativa

Como dito anteriormente, pode acontecer de uma conduta praticada pelo agente público configurar, ao mesmo tempo, infrações de várias espécies, disciplinadas por normas diversas, como as de natureza disciplinar, criminal e, ainda, ato de improbidade administrativa.

A título de exemplo, o artigo 132 da Lei 8.112/90 prevê a aplicação da penalidade disciplinar de demissão, dentre outras hipóteses, nos casos de crime contra a Administração Pública (inciso I), de ato de improbidade administrativa (inciso II) e de corrupção (inciso XI).

Ocorre que essas infrações disciplinares, expressamente previstas no referido Estatuto, também caracterizam os crimes tipificados nos artigos 312 a 327 (crimes contra a Administração Pública); 317 e 333 (corrupção passiva e ativa) do Código Penal; e ato de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92.

Para essa situação, o artigo 142, §2º, da Lei n. 8112/90 – cuja norma é reproduzida, em geral, nos demais estatutos, como visto acima – preconiza que o cálculo da prescrição deverá seguir os prazos previstos na lei penal.

Todavia, uma primeira indagação surge: pode a Administração Pública estabelecer que determinada conduta do agente é crime para fins da aplicação do prazo prescricional definido pela lei penal ou faz-se necessário aguardar a Justiça Criminal apurar o fato criminalmente e capitulá-lo como crime para que, só então, possa aferir o prazo prescricional da aplicação da penalidade administrativa?

Esse primeiro obstáculo se afigura relevante notadamente em razão da competência do Juízo Criminal (Federal ou Estadual) para processar e julgar as infrações penais contra o patrimônio público ou interesses da União, dos Estados ou dos Municípios, nos termos dos artigos 109, IV e 125 da Constituição Federal.

Assim, a definição prévia quanto à existência ou não do crime (competência da Justiça Criminal) seria *conditio sine qua non* para aferição da prescrição da penalidade

administrativa quando superior a 5 (cinco) anos, dado que, como visto, a prescrição administrativa é regida pela prescrição penal. Dessa maneira, não caberia à Administração Pública o mister de tipificar o ilícito penal para fins de cômputo da prescrição.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possuía entendimento pacificado no sentido de que “a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do Servidor”²⁰.

Contudo, a partir do julgamento dos embargos de divergência nos embargos de declaração no recurso especial (EDv nos EREsp) 1.656.383/SC, em 27/06/2018, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça modificou entendimento para estabelecer que “deve ser considerada a pena *in abstracto* para o cálculo do prazo prescricional”, de modo a concluir pela aplicação do artigo 109 do Código Repressor.

Em outras palavras, a Administração Pública poderá fixar o prazo prescricional da penalidade disciplinar que também configurar crime considerando a prescrição penal pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime imputado, estipulando o cômputo da prescrição da seguinte forma: (i) em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena for superior a doze anos; (ii) em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena for superior a oito e não exceder a doze anos; (iii) em 12 (doze) anos, se o máximo da pena for superior a quatro e não exceder a oito anos; (iv) em 8 (oito) anos, se o máximo da pena for superior a dois e não exceder a quatro anos; (v) em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena for superior a um e não exceder a dois anos; e (vi) em 3 (três) anos, se o máximo da pena for inferior a um ano.

Tal posicionamento foi recentemente reiterado pela Corte Superior, por ocasião do julgamento do mandado de segurança 20.857/DF, em 22/05/2019, sob a relatoria para acórdão do Ministro Og Fernandes.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, como visto acima, por ocasião do julgamento do mandado de segurança 24.013/DF, em 31/03/2005, já havia pacificado entendimento no sentido da independência das instâncias no tocante à aplicação da lei penal, de maneira que a definição do prazo prescricional pela Administração Pública com base na lei penal não depende do prévio ajuizamento da ação criminal²¹.

²⁰ Sobre o tema, conferir: MS 13.926/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 24.4.2013; MS 15.462/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22.03.2011 e MS 13.356/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 1.10.2013.

²¹ EMENTA: II. Infração disciplinar: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I - conforme a do que, em consequência se veio a renovar -, se, em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, independentemente da instauração, ou não,

Esse posicionamento das Cortes Superiores se encontra assentado no fundamento de que o lapso prescricional não poderia variar ao talante da existência ou não de ação penal, em razão da própria natureza do instituto da prescrição que está relacionada ao princípio da segurança jurídica.

No entanto, em nosso entendimento, esse posicionamento não poderia ser aplicado de forma indistinta, mas apenas nos casos em que a legislação administrativa descrevesse, em seu tipo, os fatos que também constituem crime, sem necessidade de a autoridade administrativa fazer qualquer juízo de valor quanto à tipificação penal (competência da Justiça Criminal) para se valer da prescrição estabelecida pelo Direito Penal.

Além disso, vale diferenciar as seguintes situações para fins de análise da prescrição: (i) quando a conduta do agente estiver descrita na hipótese de incidência da norma estatutária; e (ii) quando o Estatuto fizer remissão genérica a outro diploma normativo.

A título de exemplificação, podemos analisar os seguintes casos: na primeira situação, um servidor público recebeu dinheiro para a prática de um determinado ato que era sua competência, em benefício daquele que realizou o pagamento. Nesse caso, a infração disciplinar cometida pelo agente, além de configurar, em tese, crime de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), encontra-se também descrita na hipótese prevista no inciso XI do artigo 132 do Estatuto Federal²².

Assim, a Administração Pública, no bojo do processo administrativo disciplinar, pode, sem maiores dificuldades, apenas colher o prazo prescricional relativo à pena *in abstracto* (a pena máxima privativa de liberdade aplicável ao crime de corrupção passiva é de 12 anos) nos incisos do artigo 109 do Código Penal, que, no caso, é de 16 (dezesesseis) anos, com base no inciso II do referido artigo.

Nesse contexto, inexistente motivo para a suspensão do prazo prescricional, devendo o administrador aplicar o prazo existente na lei penal. Em outras palavras, o Juízo Criminal não detém a prerrogativa exclusiva de mero acesso ao Código Penal, de modo que é livre a simples consulta ao texto legal.

Na segunda situação, um servidor inseriu dados falsos em determinado banco de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para outrem. Nesse caso, a infração disciplinar cometida pelo agente, além de caracterizar crime de inserção de dados falsos em sistema de informações (artigo 313-A do Código Penal),

de processo penal a respeito. (STF, MS 24.013/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 31/03/2005). Conferir também: MS 23.242/SP, j. 14/04/2002.

²² Artigo 132 da Lei 8.112/90. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

XI - corrupção.

encontra-se prevista apenas genericamente no inciso I do artigo 132 do Estatuto Federal, sob o rótulo de “crimes contra a Administração Pública”²³.

Aqui, para se poder chegar à conclusão de que a conduta narrada se encaixa ou não em determinado tipo penal contido no Capítulo I do Título XI (crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública), a autoridade administrativa precisará realizar uma atividade de subsunção típica da autoridade judiciária.

Logo, para obter o prazo prescricional penal, a autoridade administrativa necessitará remeter o fato delitivo à norma penal, o que demanda um exame hermenêutico tipicamente forense. Dessa forma, não se trata apenas de comparar o texto de duas normas distintas (Estatuto e Código Penal) para meramente localizar a correspondência entre as hipóteses descritas. Agora, a Administração fará um juízo valorativo da própria conduta ilícita.

Nessa situação, constitui prerrogativa do Juízo Criminal a definição do crime em comento para, somente após, a Administração se encontrar autorizada a enquadrar a conduta do agente na hipótese de incidência genérica.

Com isso, a conduta mais adequada da Administração consiste em sobrestar o processo administrativo disciplinar até a decisão penal definitiva, com base, por exemplo, no artigo 261, §4º, da Lei Estadual 10.261/68, interregno em que não correrá prescrição.

Decidida a questão na esfera penal, a prescrição administrativa – cujo prazo se colhe da legislação criminal – torna a correr. Diante disso, é possível que surja alguma falta residual²⁴, isto é, aquela não abrangida pela absolvição do crime.

Assim, é forçoso concluir que, em relação à falta residual, o sobrestamento do processo administrativo disciplinar que deu azo à suspensão do seu prazo prescricional deve, a princípio, aproveitar-lhe, porque, ao aguardar a apreciação da matéria pelo juízo criminal, a Administração não tinha como saber de antemão o que a Justiça consideraria, de um lado, como ilícito penal e, de outro, como ilícito administrativo, inclusive para eventualmente desclassificar uma determinada imputação.

Portanto, somente após essa definição é que se torna possível a persecução administrativa.

Todavia, o prazo prescricional previsto para a falta residual nos casos em que houver a absolvição criminal, *abolitio criminis* ou a extinção da punibilidade do crime ante o reconhecimento da prescrição *in concreto*, deve ser o previsto na legislação

²³ Artigo 132 da Lei 8.112/90...

I – crimes contra a administração pública.

²⁴ CRETELLA JUNIOR, José. **Do ilícito administrativo**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66693/69303>. Acessado em 13/04/2021.

administrativa, e não mais o da legislação penal, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1.335.113/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 6.12.2012 e no AgRg no RMS 32.363/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 15.3.2011.

Essa questão também tem relevância nos casos em que o servidor público pratica ato que caracteriza infração disciplinar, improbidade administrativa e crime. Isso porque, considerando que as ações de responsabilização de servidor público, titular de cargo efetivo ou emprego, por ato de improbidade administrativa prescrevem no prazo previsto em leis específicas, para as faltas disciplinares punidas com demissão a bem do serviço público (artigo 23, inciso II, da Lei 8.429/92²⁵), tem-se que, se esse ato também configurar crime, o titular da ação de improbidade administrativa poderá se valer, nesse caso, do prazo previsto pelo Direito Penal, já que assim prevê o Estatuto dos Servidores.

Contudo, para fins de cálculo do prazo prescricional da infração administrativa que caracterizar crime, se a Administração se valer do prazo fixado pelo Direito Penal, deverá observar também as demais regras desse diploma normativo para o cômputo desse prazo, ainda que beneficiem o agente infrator, como, por exemplo, o seu termo inicial, que passará a ser computado “a partir da ocorrência do fato”, nos termos do artigo 111, inciso I, do Código Penal, e não “da data em que o fato se tornou conhecido”, conforme prevê o § 1º, do artigo 142, da Lei 8.112/90 e o *caput* do artigo 197 da Lei Municipal 8.989/79.

O mesmo raciocínio se aplica à redução dos prazos prescricionais estabelecidos no artigo 115 do Código Penal, que diminui pela metade os prazos prescricionais para o menor de 21 (vinte e um) anos, ao tempo da infração que constituir crime, ou tiver, na data da decisão condenatória, mais de 70 (setenta) anos. Nada mais natural: não se pode aplicar determinado regime jurídico pela metade; ou se aplicam os prazos penais ou se aplicam os prazos administrativos, pois não se pode admitir um retalho de normas, em prejuízo do acusado, mesmo porque, conforme afirmava NELSON HUNGRIA, o ilícito administrativo é um *minus* em relação ao penal, razão pela qual não faz sentido ter prazos prescricionais maiores²⁶.

Conclusão

O presente estudo tratou de alguns aspectos da ocorrência da prescrição no processo administrativo disciplinar, enquanto instituto concretizador do princípio da segurança

²⁵ Artigo 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

²⁶ HUNGRIA, Nelson. *Op. Cit.* p. 24.

jurídica, considerando os diferentes sistemas de responsabilização e as normas previstas na Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), na Lei Estadual n. 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) e na Lei Municipal 8.989/79 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo).

Analisou-se a conduta praticada pelo agente público quando configura, ao mesmo tempo, infrações de várias espécies, disciplinadas por normas diversas, bem como a relação entre as instâncias – administrativa e jurisdicional (civil e penal) – para fins de reconhecimento de inexistência de infração e da ocorrência de prescrição.

Além disso, diferenciou-se as condutas para fins de incidência de prescrição da seguinte forma: (i) quando a lei ou norma administrativa *descreve exatamente a conduta* que, se praticada, acarretará a correspondente sanção; (ii) quando a lei ou norma administrativa *apenas prevê a prática de crime* como sendo passível de sanção prevista na lei, remetendo, à instância penal a competência para apreciar, em última análise, a prática de crime; e (iii) quando a sentença penal absolutória transitada em julgado repercute no processo administrativo, desde que o *acervo probatório seja idêntico*.

No primeiro caso, concluiu-se que a administração poderá penalizar de imediato o servidor, se constatada, durante a apuração dos fatos, a ocorrência da infração disciplinar, podendo reconhecer até mesmo a ocorrência de ato de improbidade administrativa.

Já nas demais hipóteses, a administração estará vinculada, ao final, ao que for decidido na instância penal, podendo ter liberdade apenas para punir o servidor, de forma definitiva, por eventual cometimento de falta residual.

A suspensão do processo administrativo nos casos em que a prescrição administrativa constitua crime é recomendável até a decisão definitiva do juízo criminal para que não sobrevenham decisões conflitantes.

Em que pese a jurisprudência das Cortes Superiores entenda que a definição do prazo prescricional pela Administração Pública com base na lei penal não depende do prévio ajuizamento da ação criminal, concluiu-se que esse posicionamento não poderia ser aplicado de forma indistinta, mas apenas nos casos em que a legislação administrativa descreve, em seu tipo, os fatos que também constituem crime, sem necessidade de a autoridade administrativa fazer qualquer juízo de valor quanto à tipificação penal (competência da Justiça Criminal) para se valer da prescrição estabelecida pelo Direito Penal.

Ademais, o prazo prescricional previsto para a falta residual nos casos em que houver a absolvição criminal, *abolitio criminis* ou a extinção da punibilidade do crime ante o

reconhecimento da prescrição *in concreto*, deve ser o previsto na legislação administrativa.

Por fim, nos casos em que a infração administrativa caracterizar crime, caso a Administração se valha do prazo fixado pelo Direito Penal, deverá observar também as demais regras desse diploma normativo para o cômputo desse prazo, seja em relação ao seu termo inicial, seja em relação à redução dos prazos prescricionais.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O Mensalão e a propalada independência das instâncias**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 933, p. 445-454, jul. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988 e suas alterações**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 14/04/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848/1940 e suas alterações (Código Penal)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 14/04/2021.

BRASIL. **Lei Federal 8.112/1990 e suas alterações**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acessado em: 14/04/2021.

BRASIL. **Lei Federal 8.429/1992 e suas alterações**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acessado em: 14/04/2021.

CRETELLA JUNIOR, José. **Do ilícito administrativo**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66693/69303>. Acessado em 13/04/2021.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: parte geral**. v. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1979.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros. 2001.

FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini; SANTANA, Fabio Paulo Reis de. **A prescrição no processo administrativo disciplinar e a sua relação com os demais sistemas de responsabilização**. In: BARATA, Ana Maria Rodrigues; GONTIJO, Danielly Cristina Araújo; PEREIRA, Flávio Henriques Unes (org.). Coleção de direito administrativo sancionador. Direito administrativo sancionador disciplinar. v. 2. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021. pp. 233-254.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1ª ed. trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. rev. trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e ilícito penal**, Revista de Direito Administrativo (Seleção Histórica, 1945-1995).

MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e Penas: A Independência entre as Instâncias Administrativa e Jurisdicional Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. versão eletrônica. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3ª edição. São Paulo: Editora RT. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. In Os Clássicos da Política. v. 1. Org. WEFFORT, Francisco C. 13 ed. São Paulo: Editora Ática. 2001.

SÃO PAULO. **Lei Estadual 10.261/1968 e suas alterações**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html>. Acessado em: 14/04/2021.

SÃO PAULO (SP). **Lei Municipal 8.989/1979 e suas alterações**. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-8989-de-29-de-outubro-de-1979>. Acessado em: 14/04/2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. versão eletrônica. São Paulo: Saraiva. 2017.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2003.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **A relação de sujeição especial no direito brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1141.

Alteração contratual em *tempos de crise*: standards para a disrupção com o procedimento administrativo da normalidade

Anderson Sant’Ana Pedra

Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDV/ES.

Jader Ferreira Guimarães

Advogado e Consultor. Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Ex-Procurador Geral do Município de Vitória/ES. Ex-Presidente do Fórum Nacional de Procuradores Gerais das Capitais Brasileiras. Professor de Direito Constitucional e Administrativo.

1 Introdução

Quando tudo parecia estar calmo e um bloco normativo formado pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência administrativa e judicial parecia ser suficiente para dar solução aos problemas apresentados pela realidade cotidiana vivenciada pela Administração Pública, eis que surge uma situação de crise em que o direito administrativo posto e suas normas de contratação pública não são mais suficientes para dar solução as necessidades e os conflitos apresentados repentinamente.

A expressão “tempos de crise” utilizada nesse artigo pretende significar situações emergenciais, calamitosas ou catastróficas que podem ocorrer em uma amplitude geral (compreendendo todo ou quase todo território nacional)¹, regional (compreendendo mais de um Estado ou Município)² ou local (Município, DF ou parte dele) e que merece um rápido, necessário e preciso agir administrativo a fim de atender o *interesse público*.

O objetivo desse artigo é analisar a possibilidade de alteração contratual quando as *condições* e os *limites* da mutabilidade trazidos pela legislação³ em circunstância de

¹ Exemplo: calamidade pública decorrente do coronavírus (COVID-19) a partir de fevereiro de 2020.

² Exemplo: Rompimento de barragem no Município de Mariana (MG) em novembro de 2015 e que afetou fortemente o Estado do ES e de MG e diversos de seus municípios.

³ Alterações quantitativas (art. 65, I, “b”) e às alterações qualitativas (art. 65, I, “a”) previstas na Lei de Licitações e Contratos (LLC) (Lei nº 8.666/93).

normalidade não são suficientes para atender o *interesse público* emergente em *tempos de crise* e quais os *standards* que devem ser verificados para que ocorra uma ruptura legítima com o *procedimento administrativo do período de normalidade*, sem desconsiderar os institutos consagrados pela experiência administrativa contratual: alteração contratual, teoria da imprevisão (caso fortuito e força maior), interesse público, reequilíbrio da equação econômico-financeira e consensualidade.

2 Alteração contratual em *tempos de normalidade*

Em homenagem ao *princípio da segurança jurídica* tem-se que, em regra, um contrato administrativo firmado para consolidar as *condições* que foram apresentadas pela Administração e aceitas pelo contratado deverá ser observado até que ocorra sua extinção natural, seja por término do prazo ou pelo cumprimento do objeto.

Contudo, o contrato administrativo é líquido, fluido, maleável, moldável ao interesse público que possui idênticas características, ganhando ambos, novos contornos e projeções específicas, de acordo com a necessidade exigida pela realidade.⁴

O art. 58, inc. I da LLC traz a prerrogativa para a Administração Pública de alterar unilateralmente seus contratos administrativos pela Administração “para melhor adequação às finalidades de *interesse público*, respeitados os direitos do contratado”, sendo que o art. 65, inc. I da LLC⁵ prescreve as possibilidades dessas alterações. O mesmo art. 65 em seu inc. II prescreve a possibilidade de alteração contratual por acordo das partes (bilateral). Contudo, ambas alterações (unilateral ou bilateral), nos termos do § 2º do mesmo dispositivo não poderão exceder os limites legais.

Nesses dispositivos da LLC tem-se as condições e os limites para as alterações contratuais em *tempos de normalidade*.

3 Alteração contratual em *tempos de crise*

A produção legislativa é desenvolvida a partir de experiências, de circunstâncias e de conflitos pretéritos⁶ tentando projetar regramento para as relações e os conflitos futuros.

⁴ O princípio do *interesse público* (item 4.3) possui algumas peculiaridades pragmáticas no direito administrativo, sendo importante destacar que sua noção é flexível, variando de acordo com o momento (cronológico) histórico e o contexto social.

⁵ Com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

⁶ A expressão “processo legislativo” pode ser entendida num “sentido sociológico” referindo-se “ao conjunto de fatores reais ou fáticos quem põem em movimento os legisladores”. (SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968. p.1)

Embora se verifique um esforço da legislação para o regramento das relações futuras inclusive para *tempos de crise*⁷, sabe-se que será ineficiente, afinal é tarefa difícil e arriscada tentar projetar as situações futuras de conflito e suas possíveis soluções, até porque não se sabe como essas hipotéticas soluções serão aplicadas nas circunstâncias extremas que ainda não ocorreram.

O que se tem certeza é que em *tempos de crise* certas necessidades podem se apresentar de forma avassaladora e de modo que o que está posto no ordenamento jurídico pode não ser suficiente para satisfazer o *interesse público* na sua consecução ótima, sendo exigido do gestor público uma disrupção com o procedimento ordinário de alteração contratual.

Principalmente em *tempos de crise* deve a Administração Pública buscar resultados eficientes para o *interesse público*, não se admitindo uma Administração burocrática formal, presa ao *princípio da legalidade estrita*, na sua compreensão tradicional, limitando seu agir apenas naquilo que o ordenamento jurídico autoriza expressamente. Deve-se ter uma Administração consentânea com aquilo que a sociedade materialmente espera e necessita de forma imediata, com resultados eficientes para esses momentos de extrema de anormalidade.

Em *tempos de crise* a insuficiência do ordenamento jurídico, a necessidade de soluções satisfatórias e a busca da juridicidade administrativa deixam de ser temas *in abstracto* de artigos e teses para serem discutidos *in concreto*⁸ – o *law in the books* migra para o *law in action*, promovendo uma verdadeira *ressignificação* do princípio da legalidade.

Tem-se a aceitação doutrinária⁹ de que em *tempos de crise* seja tolerável uma atuação administrativa excepcional, com possibilidade de decisões administrativas alheias ao *princípios da legalidade*, numa espécie de *legalidade extraordinária* ou *legalidade alternativa*, inclusive, para a solução dos conflitos administrativos, trata-se de um “estado de necessidade administrativa” decorrente de circunstâncias excepcionais instauradas e que demandam um agir administrativo urgente e eficaz podendo, inclusive, preterir as normas administrativas elaboradas para serem aplicadas em

⁷ Como se verifica no art. 24, inc. IV da LLC.

⁸ Como no enfrentamento à pandemia do coronavírus. Conferir: MOREIRA, Egon Bockmann. Princípio da legalidade em tempos de crise: destruído ou ressignificado? In: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destruido-ou-ressignificado>. Ano 2020. Num. 447. Acesso em 20.05.2020.

⁹ Destaca Amaral: “A teoria do *estado de necessidade* é aceite pela doutrina e jurisprudência de todos os países democráticos – e já vem do Direito Romano: *necessitas non habet legem*.” (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II. p. 61).

período de normalidade, numa espécie de “exclusão de ilicitude de uma actuação administrativa *contra legem*”.¹⁰

Integrando uma dimensão alternativa da legalidade administrativa construída para os tempos de normalidade, o estado de emergência administrativa pressupõe a existência de determinados requisitos: *i*) fato extraordinário; *ii*) necessidade e urgência da atuação; *iii*) ameaça ou continuação de uma efetiva situação de perigo ou de dano; *iv*) essencialidade da tutela para evitar o dano; *v*) não tenha contribuído a vontade do gestor público para a instauração da situação¹¹; *vi*) a intervenção administrativa eficiente só pode ser alcançada com a preterição das regras previstas no ordenamento jurídico; *vii*) momento adequado da prática do ato.¹²

Registra-se que a atuação fora do ordenamento jurídico, num *estado de necessidade administrativa*, exige um juízo de ponderação (proporcionalidade): de adequação, de necessidade e de *proporcionalidade em sentido estrito*, devendo o gestor público avaliar se os “danos resultantes da preterição da legalidade ordinária são ou não são justificados face à relevância dos propósitos que se pretendem alcançar com a actuação administrativa *contra legem*”, ou seja, “se os valores, bens, e interesses públicos ameaçados ou já lesados que se visam acautelar podem ser salvaguardados através de meios que não envolvem o afastar das normas integrantes da legalidade ordinária”.¹³

Em *tempos de crise* é possível que muitos contratos administrativos vigentes terão que ser alterados (quantitativamente e qualitativamente) além dos limites legais, redefinindo-os a fim de melhor atender o *interesse público* apresentado extraordinariamente.

3.1 Alteração contratual como preceito de ordem pública

Por decorrer logicamente do *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, a alteração unilateral dos contratos administrativos é *inerente* à

¹⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 997-998.

¹¹ Na hipótese de estado de necessidade administrativa produzido pela inércia de determinado agente público, a Administração deverá produzir atos ao seu devido tempo para fazer frente a situação de necessidade “produzida”, mas haverá também de apurar a(s) responsabilidade(s) do(s) agente(s) público(s) omissos.

¹² Requisitos elencados a partir da leitura de: CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. t. II. p. 1305-1309; OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 997-999.

¹³ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 998.

Administração Pública e, sendo assim, pode ser realizada ainda que não consignada expressamente em cláusula contratual ou no ordenamento jurídico.

Como bem anota Bandeira de Mello, o *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* é “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”, sendo um “pressuposto lógico do convívio social” e, para o que nos interessa, “como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*.”^{14, 15}

Nessa senda, nenhum particular, ao contratar com a Administração adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua integral execução ou, ainda, às suas vantagens, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado.

A mutabilidade do contrato administrativo constitui *preceito de ordem pública*, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercer esse direito, ou até mesmo transacionar.

Como visto, é a fluidez (oscilação) do *interesse público* que autoriza a mutabilidade contratual afinal, sua execução, nos termos pactuados sem a alteração que se apresenta imperiosa, será dispendiosa e prejudicial para a sociedade, ainda que sem culpa do contratado.

Bandeira de Mello sustenta que esse poder de alteração unilateral dos contratos administrativos, na essência, nada tem de contratual, pois é relativo à prática de atos unilaterais, “inerente às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos”.¹⁶

Contudo, esse preceito de ordem pública, em homenagem à garantia constitucional da legalidade (art. 5º, inc. II), só pode ser exigido dentro dos limites da lei, *in casu*, do art. 65 da LLC.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 99.

¹⁵ Não se pode aqui deixar de colacionar o importante registro de Carvalho Filho, ao qual ficamos ombreados: “Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. [...] A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A ‘desconstrução’ do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita ‘reconstrução, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 36).

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 619.

Ocorre que fora das balizas legais o particular não é obrigado a aceitar as alterações exigidas pelo interesse público (item 5.6) e, a princípio, a Administração Pública também não poderia celebrar um aditivo contratual além dos limites legais. Analisar esses problemas é o que faremos agora!

4 Na busca da juridicidade administrativa

Pelo *princípio da juridicidade administrativa* deve-se ter a submissão das decisões administrativas à toda ordem jurídica, incluindo-se aí todas as suas regras e todos os seus princípios e não apenas a mera submissão às leis sem a aplicação devida de um filtro constitucional, notadamente pelos princípios publicistas que ali têm berço e emanam sua carga valorativa.¹⁷

Elencamos aqui os princípios mais sensíveis que devem inspirar a busca de soluções legítimas para a alteração dos contratos administrativos em *tempos de crise*.

4.1 Princípio da legalidade estrita

O *princípio da legalidade estrita* se apresenta como um dos pilares da Administração Pública brasileira, conforme enuncia o *caput* do art. 37 da Constituição de 1988.

Esse princípio é amplamente aplicado nos contratos administrativos e nas suas alterações/aditivos. Além de regular os atos da Administração Pública perante o particular a legalidade traz *segurança jurídica* ao pacto firmado.¹⁸

Nesse ponto, de extrema importância é a atenção à LLC que em seus artigos, notadamente em seu art. 65, prescreve algumas limitações para a alteração dos contratos administrativos em tempos de *normalidade*.

Como princípio de direito administrativo o *princípio da legalidade estrita* significa que o agente público está sujeito aos ditames das normas que emanam do ordenamento

¹⁷ Conferir nesse sentido: DAL POZZO, Augusto Neves. O princípio da segurança jurídica e o processo licitatório. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 587-588; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 85; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 105.

¹⁸ Para Cammarosano: “[...] o princípio da segurança jurídica é fundamental, constituindo-se nas própria razão de ser do Direito, de sorte que não raras vezes sobrepõe-se ao próprio princípio da legalidade, e ainda, com diz Almiro do Couto e Silva, a segurança jurídica, em si mesma considerada, constitui, ela mesma, em certos casos, a própria sentença.” (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 36-37).

jurídico, sendo que todo o seu agir (omissivo ou comissivo) deve ser autorizado pelo ordenamento jurídico.¹⁹

4.2 *Princípio da boa administração*

Pelo *princípio da boa administração* a atividade administrativa deve ser realizada de modo mais oportuna e adequada aos fins a serem alcançados²⁰, ou seja, deve-se utilizar os meios mais adequados, necessários e justos (proporcionalidade) para alcançar o interesse público no momento exigido pela sociedade.

Conforme destaca Falzone, não se trata de simples dever ético ou mera aspiração deontológica, mas sim um dever estritamente jurídico²¹ e que deve ser aplicado sempre objetivando o *interesse público*.

4.3 *Interesse público*

A ideia de *interesse público* decorre da própria forma republicana prevista no art. 1º, *caput*, da CRFB que exige que a Administração Pública brasileira atue em benefício do bem comum, encontrando nesse princípio seu *fundamento* e seu *limite*.²²

Trata-se de um “princípio estrutural, não escrito, de toda a forma de manifestação da Administração”, já que num Estado democrático de direito, “a vinculação aos fins das funções da Administração Pública significa a salvaguarda e a promoção do interesse público ou do bem comum”.²³

Valiosa definição foi forjada por Amaral para o *interesse público*:

¹⁹ Como bem leciona Meirelles: “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 68).

²⁰ Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 103; FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

²¹ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milão: Guiuffè, 1953. p. 87.

²² CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Hermenêutica do princípio republicano: o caminho para a compreensão da Fazenda Pública. In: *Revista do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo*. v. 8, nº 1, jul./2008. Centro Universitário Toledo: Araçatuba, 2008. p. 74-106.

²³ BACHOFF, Otto; STOBBER, Rolf; WOLFF, Hans J. *Direito administrativo*. Trad. Antônio F. de Sousa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006. v. I. p. 424.

Numa primeira aproximação, pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, *o interesse geral de uma determinada comunidade, o bem comum* – na terminologia que vem já deste São Tomás de Aquino, o qual definia bem comum como ‘aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem’ (*quod homines non solum vivant, sed bene vivant*). [...] Esta noção de interesse público traduz, portanto, uma exigência – a exigência de satisfação das necessidades colectivas.²⁴

Num contexto de *tempos de crise o interesse público* deve ser analisado com todo cuidado e importância afinal, o Estado foi concebido para proporcionar, inclusive, segurança e bem-estar, não podendo jamais se afastar dessas funções essenciais.²⁵

Deve-se advertir que nada obsta que o *interesse público* coincida com um interesse particular – o que é comum nos contratos administrativos e nas suas alterações, e isso, de *per si*, não configura qualquer ilegitimidade.

4.4 Sustentabilidade económico-social

Conforme leciona Freitas, a sustentabilidade é um princípio constitucional que determina independentemente de normaçaõ positiva a “responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretizaçaõ solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime” para o presente e para o futuro, em “consonância homeostática com o bem de todos”.^{26,27}

Deve-se registrar que a *sustentabilidade* possui facetas materiais e imateriais, se apresentando como um princípio multidimensional, sendo que aqui destacamos apenas a dimensãõ *económico-social*.²⁸

A dimensãõ *económico-social* revela, de certo modo, um *plus* à viabilizaçaõ do anseio da atividade administrativa, permitindo a consecuçãõ de outros efeitos favoráveis para toda a coletividade que não apenas à necessidade administrativa imediata; e,

²⁴ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II. p. 43-44.

²⁵ CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2003. t. I, p. 146-147.

²⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 40.

²⁷ A Constituição brasileira de 1988, no seu art. 3º, inc. II, traz como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “garantir o desenvolvimento nacional”. Conferir ainda o art. 3º da LLC que consigna que a contratação pública destina-se também a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*.

²⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 51. O autor elenca as seguintes dimensões: social, ética, jurídico-política, económica e ambiental. (Ibidem, p. 53-70).

também devem os contratos administrativos e seus termos aditivos serem concebidos como instrumentos indutores de determinadas atividades, de conhecimento, de ciência, de tecnologia e também de desenvolvimento local, regional e social.

4.5 **Ponderação dos princípios envolvidos**

Diversos princípios envolvidos: *legalidade estrita*, *boa administração interesse público* e *sustentabilidade em tempos de crise* podem se apresentar conflitantes.

Para solucionar esses conflitos deve-se utilizar métodos interpretativos, alguns gerais (interpretação sistemática), outros próprios de conflitos entre princípios (concordância prática).

Pelo método da *interpretação sistemática* o intérprete deve partir do pressuposto de que um enunciado normativo, inclusive o de um *princípio publicista*, não existe isoladamente, e sim em coexistência com os demais enunciados (normas e regras) que formam o sistema jurídico. A interpretação do direito é a interpretação do direito em seu todo, não de textos isolados – não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços; sendo um dos postulados da metodologia jurídica o da existência fundamental da unidade do Direito, o que converge assim para a interpretação sistemática.²⁹

Conjuntamente com o método da interpretação sistemática, o *princípio da concordância prática* ou da *harmonização* se apresenta de forma importante e forte para se buscar a solução nos casos de concorrências e colisões de *princípios publicistas*.

Por essas ferramentas da hermenêutica jurídica deve-se buscar a conformação dos diversos princípios que se extraem do ordenamento jurídico e que estejam em confrontação, de forma que se evite a necessidade de exclusão (sacrifício) total de um ou de alguns deles.³⁰

Não obstante a importância do *princípio da legalidade estrita*, não se pode deixar de considerar que, por vezes, este princípio poderá se mostrar em conflito com o *princípio da finalidade* (interesse público), sendo então necessário encontrar uma solução diante dessas situações.

Os princípios jurídicos diferem das demais *regras* de “*tudo ou nada*” porque, quando são aplicáveis, não “*obrigam*” a uma decisão, mas apontam para uma decisão, ou afirmam uma razão que pode ser afastada.

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 14-15.

³⁰ PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 171-172.

Para Dworkin os princípios jurídicos diferem das regras porque têm uma dimensão de *peso*, mas não de validade, e, por isso, sucede que, em conflito com outro princípio de maior peso, um princípio pode ser afastado, não logrando determinar a decisão, mas, não obstante, sobreviverá intato para ser utilizado noutros casos em que possa prevalecer em concorrência com qualquer outro princípio de menor peso.³¹

Mas, “ponderar” e “sopesar” é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso.³²

Em outras palavras: tem-se que o intérprete deve buscar a harmonização dos princípios publicistas aparentemente conflitantes. Caso não se consiga a conciliação plena, deve então o intérprete procurar a solução em que a restrição à eficácia de cada um dos princípios em confronto seja a menor possível, notadamente em *tempos de crise*.

5 Standards para a disrupção com o procedimento administrativo da normalidade

O objetivo desse artigo é propor *standards* operacionais para uma atuação administrativa à margem do princípio da *legalidade estrita*, mas dentro das balizas da *juridicidade administrativa* para *tempos de crise* quando o ordenamento jurídico posto não apresenta de forma explícita enunciados normativos para guiarem o agir do gestor público.

5.1 Consecução do interesse público

Todo o agir da Administração Pública deve ser voltado para o *interesse público* (item 4.3), jamais para um interesse de um servidor público, de um agente político, de um particular, de uma ideologia etc..

Como bem anota Meirelles, a *finalidade* da Administração “terá sempre um objetivo certo e inafastável”: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por *desvio de finalidade*.³³

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

³² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 575.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 71.

De certo modo o Tribunal de Contas da União (TCU) já analisou a possibilidade de determinadas alterações contratuais (qualitativas³⁴) superarem os limites trazidos pela LLC.

À margem da grande discussão doutrinária sobre a (in)existência de limites para as alterações contratuais qualitativas, o TCU na Decisão nº 215/1999³⁵ assentou que essas alterações, assim como as alterações quantitativas, estão sujeitas aos mesmos limites trazidos pelo art. 65 da LLC. Fundamentou a decisão no respeito aos direitos do contratado, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei.

Contudo, essa mesma Decisão admitiu, excepcionalmente, que alterações qualitativas *consensuais* ultrapassem os limites legais, desde que satisfeitos, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

³⁴ A alteração qualitativa é trazida na alínea "a" do inc. I do art. 65 da LLC que prescreve que a Administração Pública poderá alterar unilateralmente o contrato "quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos".

³⁵ TCU, Plenário, Decisão nº 215/1999, rel. Min. José Antônio Barreto de Menezes.

Muito embora tais pressupostos sirvam como importantes balizadores para uma alteração qualitativa *consensual*, dando maior segurança ao gestor, não podem ser entendidos de modo absoluto e intransponível, até porque outras situações excepcionais que também exigirão uma alteração qualitativa podem, eventualmente, não atender todos os pressupostos elencados pela Decisão nº 215/1999.³⁶

O STJ, monocraticamente³⁷, manifestou-se quanto à possibilidade de as alterações qualitativas ultrapassarem o limite do art. 65 da LLC, colhendo do *decisum*: “não é razoável que se engesse de tal modo a máquina administrativa, a ponto de impedi-la de promover alterações no conteúdo da avença com vistas a otimizar resultados perseguidos, sem se descuidar, é claro, do interesse público”.

Tem-se assim entendimentos jurisprudenciais quanto à possibilidade de a alteração contratual ultrapassar os limites legais a fim de atender o interesse público.

5.2 Impossibilidade de desnaturação do contrato administrativo

Qualquer alteração que se faça num contrato administrativo não pode chegar ao ponto de desnaturar aquilo que foi pactuado inicialmente, de alterar o objetivo primeiro que conduziu a pactuação original.

A mutabilidade do contrato se presta para promover *adequações*, não para transformar o objeto do contrato noutra, com funcionalidade diferente. “A alteração adapta dado objeto, não transforma em coisa diferente”.³⁸

Trata-se do *princípio da identidade do objeto* que aponta no sentido que se deve sempre observar se a alteração pretendida está *adequando* o objeto e não o transformando em algo que inexistia originalmente.

Sundfeld trata a desnaturação do contrato administrativo como sendo um direito do contratado de ter a “preservação da identidade do objeto”, que implica na intocabilidade da natureza do objeto, caso contrário, “poderia estar obrigando a realizar coisa a que nem remotamente se obrigou ou a que não está preparada”.³⁹

³⁶ Cf. a respeito: TCU, Plenário, Acórdão nº 448/2011, rel. Min. Aroldo Cedraz.

³⁷ STJ, Decisão Monocrática, Medida Cautelar nº 6575/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha. julg.: 10.06.2003.

³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 862.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 232.

Furtado afirma que nenhuma alteração contratual, qualitativa ou quantitativa, pode provocar a “transmutação do objeto contratado”.⁴⁰

Assim, mesmo em *tempos de crise*, caso a alteração pretendida transmude o objeto contratual, far-se-á necessário celebrar um novo contrato administrativo, talvez com o mesmo particular-contratado e por dispensa de licitação (urgência ou calamidade pública (art. 24, inc. IV da LLC)), mas não transformar o contrato administrativo primevo por um termo aditivo que desnature sua origem.

5.3 **Reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato**

Como sabido, o art. 37, § 6º da Constituição brasileira de 1988 consagra a *teoria da responsabilidade objetiva* do Estado.

De acordo com essa teoria, a Administração Pública deve arcar com todo o prejuízo que causar, independentemente de dolo ou culpa, desde que se verifique ato da administração (comissivo ou omissivo), um dano (prejuízo) e um nexo causal.

Na toada da *teoria da responsabilidade objetiva*, o art. 58, I, § 2º da LLC prescreve que na hipótese de alteração contratual, “para melhor adequação às finalidades de interesse público”, “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

Conclui-se que sempre que a Administração Pública for alterar um contrato administrativo, deve previamente verificar se esse seu ato, causará alguma repercussão de índole financeira (dano, prejuízo) ao contratado, fazendo imperioso então uma análise detida e prévia das consequências financeiras que podem decorrer desta alteração contratual, a fim de contemplar no mesmo termo aditivo que irá promover a alteração do objeto (quantitativa ou qualitativamente) o respectivo reequilíbrio econômico-financeiro⁴¹ (ou *revisão*⁴²).

⁴⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 418.

⁴¹ Para Torres o reequilíbrio econômico financeiro teria como objeto o restabelecimento da manutenção do equilíbrio econômico financeiro quando a equação for abalada por: a) fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; e, b) força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configurem álea econômica extraordinária e extracontratual. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 797).

⁴² “A revisão implica a ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento. É a aplicação da *teoria da imprevisão*, que autoriza a revisão do preço do contrato quando as condições e circunstâncias da época em que foi celebrado não mais persistirem. [...] Assim, enquanto a *revisão* busca *recompôr* a equação financeira do contrato, o *reajuste* tem por finalidade *manter* esta relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.” (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e*

Qualquer acréscimo, supressão ou suspensão no objeto do contratado ensejará um reequilíbrio econômico-financeiro que deverá estar muito bem demonstrado nos autos.

A consequência econômico-financeira da alteração contratual deve ser muito bem detalhada e transparente, devendo ficar consignada expressamente no termo aditivo ou no processo, evitando-se assim qualquer conflito acerca de um suposto desequilíbrio financeiro e/ou indenização a ser questionado posteriormente.

Registra-se que o reequilíbrio da equação econômico-financeira deve estar de acordo com o postulado da *proporcionalidade* e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)⁴³, sob pena de posteriormente ser glosado. Não é legítimo que uma parte tente obter vantagem indevida nem que proporcione a outra parte prejuízo ilegítimo (item 5.6).

5.4 Verificação quanto à disponibilidade orçamentária-financeira

O art. 55, inc. V da LLC prescreve como cláusula necessária em todo contrato administrativo aquela informadora do “crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica”.

Nessa linha, e numa interpretação sistemática com os arts. 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) (LRF), tem-se que qualquer alteração contratual, para não ser considerada irregular e lesiva ao patrimônio público (art. 15) deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (art. 16, I), juntamente com a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 16, II).

Registra-se que quando reconhecido o estado de calamidade pública (*tempos de crise*) pela respectiva Casa Legislativa nos termos do art. 65 da LRF, as entidades políticas estarão desobrigadas do atingimento dos resultados fiscais enquanto perdurar a situação.

Contudo, em *tempo de crise* pode ocorrer que a alteração ou suspensão (da atividade ou do contrato) objetive adequar às novas (des)necessidades da Administração ou

contratos administrativos: casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 231). Cf. ainda art. 65, II, “d” da LLC.

⁴³ PEDRA, Anderson Sant’Ana. A constitucionalização do direito administrativo e o controle do mérito do ato administrativo. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 41-82.

então para adequação financeira em razão da escassez de recursos financeiros disponíveis, pois a Administração poderá não mais honrar financeiramente determinados contratos em decorrência de uma hipotética queda da receita e/ou por ter que canalizar seus recursos financeiros para áreas mais importantes e estratégicas.

O que importa nesse *standard* é que a Administração verifique suas reais necessidades e possibilidade financeira, antecipando suas ações para não ocasionar prejuízos maiores aos particulares-contratados, devendo convidar os interessados e apresentar possíveis soluções.

5.5 **Motivação**

Todos os atos administrativos devem conter a *motivação* que é a *exposição dos motivos*. Os *motivos* trazidos na *motivação* devem compreender os motivos de *fato*, de *direito* e de *ordem econômico-social* (item 4.4).

A obediência ao *princípio da motivação* implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fatos e os fundamentos (mérito e jurídicos) que conduziram a decisão bem como a correlação lógica entre a situação instalada, as possíveis consequências (administrativas, fáticas, jurídicas e econômico-sociais) e a decisão administrativa tomada – é trazer para os autos a *justificativa*, o que ensejou a alteração contratual em todos os seus termos.

A motivação é importantíssima e não pode a Administração “economizar” nesse *standard*, notadamente em *tempos de crise* onde a situação extrema vivenciada, após a difícil e delicada circunstância se tornará solúvel quando a *normalidade* se reinstaurar. Deverá ser trazido nos autos todas as notas técnicas, pareceres, estudos, informações, análises, fatos ocorridos, outras propostas de decisão ou sugestões de solução que precederam a decisão de alteração contratual.

O art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB) introduzido pela Lei nº 13.655/2018 prescreve que a motivação de qualquer decisão administrativa deverá demonstrar a “necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Já o art. 21 do mesmo diploma legislativo traz que as decisões administrativas devem “indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”, destacando ainda que a decisão deverá, quando for o caso, indicar as condições para que o agir administrativo ocorra de modo proporcional e harmônico ao interesse público *lato sensu*, não impondo aos particulares ou à sociedade ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Frise-se que qualquer mutação contratual deve ser realizada com imenso cuidado, verificando se a mesma não acarretará vantagem econômica indevida ao particular e/ou ofensa ao *princípio da impessoalidade* e do *interesse público*.⁴⁴

5.5.1 Primado da realidade

O *primado da realidade* encontra-se albergado no art. 22 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB) introduzido pela Lei nº 13.655/2018 que prescreve que na “interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Continua o dispositivo (§ 1º do art. 22) prescrevendo que pelo *princípio da realidade* deverão ser “consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Como se observa é importante para o *standard* da *motivação* que os fatos e as dificuldades reais que circunscrevem o espaço e o momento decisório do gestor público estejam muito bem delineados, pois essa realidade será considerada quando da apreciação da (i)legitimidade da alteração contratual.

Pelo *primado da realidade*, deve o órgão de controle tentar se colocar no mesmo momento da decisão da alteração contratual, ombreando-se ao gestor público a fim de analisar à luz das circunstâncias e dificuldades daquele instante do passado a fim de verificar a legitimidade da decisão.⁴⁵

Nesse aspecto todos os fatos, circunstâncias e dificuldades que direta ou indiretamente servem para caracterizar determinado *tempo de crise* e influenciam o contexto decisório, devem ser colacionados aos autos para que não reste dúvida sobre o acerto da decisão.

5.5.2 Consequencialismo decisório

Na *motivação* também deverá estar bem demonstrada as possíveis consequências jurídicas, administrativas, práticas e econômico-sociais (item 4.4) da decisão que

⁴⁴ O art. 92 da LLC traz como crime passível de detenção de dois a quatro anos, e multa: “Admitir, possibilitar ou *dar causa a qualquer modificação* ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, *durante a execução dos contratos* celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais [...]”.

⁴⁵ PEDRA, Anderson Sant’Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. *Improbidade administrativa*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 307.

foram consideradas para a implementação da alteração contratual além dos limites legais.⁴⁶

A consideração das consequências do *decisum* deve-se limitar aos fatos e aos fundamentos de mérito e jurídicos que se espera de um gestor público no exercício diligente de sua atuação, ou seja, não se pode exigir uma visão prospectiva que ultrapasse a capacidade de um “gestor público médio”⁴⁷.

Consequências (mediatas e imediatas) com reflexos importantes na sustentabilidade econômico-social deverão ser levadas em consideração para a decisão de alteração contratual, podendo-se destacar, dentre outras: *i*) empregabilidade; *ii*) índice de desenvolvimento humano; *iii*) reaproveitamento da mão de obra⁴⁸; e, *iv*) risco de falência da empresa⁴⁹.

A partir das consequências vislumbradas pela Administração, poderá o termo aditivo ao contrato incluir, se for o caso, regime de transição e/ou cláusulas temporárias objetivando a consecução do *interesse público* e da *sustentabilidade econômico-social* e assim minimizar possíveis impactos negativos da alteração contratual⁵⁰.

5.6 Consensualidade

Como dito, as alterações contratuais necessárias em *tempos de crise* podem ultrapassar os limites legais e assim a Administração não pode impor unilateralmente as alterações pretendidas, por isso essas alterações devem ser implementadas por meio de um aditivo contratual em que suas cláusulas sejam elaboradas consensualmente, notadamente em razão de que o direito posto para as alterações

⁴⁶ Nesse sentido o art. 20, *caput* da LINDB prescreve que a motivação de qualquer decisão administrativa deverá demonstrar as consequências da decisão, bem como a “necessidade e a adequação da medida imposta [...], contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (par. único do art. 20).

⁴⁷ Sobre “administrador médio” conferir os seguintes julgados: TCU, Plenário, Acórdão nº 599/2019, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, Plenário, Acórdão nº 2.420/2015, rel. Min. Benjamim Zymler: “17. Ao analisar a existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotarei como parâmetro para comparação a conduta esperada de um homem médio, diligente e probo – o equivalente ao princípio romano do *bonus pater familiae*”.

⁴⁸ Em casos de contratos administrativos com fornecimento de mão de obra em que poderá ocorrer a suspensão (parcial ou total) da atividade contratada ou do próprio contrato ou mesmo a rescisão contratual.

⁴⁹ É possível que um comportamento administrativo em *tempos de crise* possa levar a falência determinada empresa e que ao retornar o período de normalidade a Administração necessitará contratar essa mesma empresa.

⁵⁰ Essa alteração contratual *lato sensu* pode compreender uma alteração qualitativa, quantitativa (supressão ou acréscimo do objeto), suspensão parcial ou total da atividade contratada ou do contrato ou até mesmo uma rescisão contratual.

contratuais e as respectivas soluções para os conflitos são úteis apenas para *tempos de normalidade* e não para *tempos de crise*.

Em *tempos de crise* com alterações que exorbitam o direito posto não há superfície para se cogitar em aditivos contratuais unilaterais a serem impostos pela Administração a partir das suas *necessidades* e dos seus *interesses*. O contrário também não pode ser admitido: o particular-contratado impor à Administração exigências desarrazoadas por detectar a situação de vulnerabilidade da Administração em razão do interesse público envolvido e da necessidade de sua consecução.

Como as alterações contratuais implementadas estão à margem dos limites legais, as soluções para o conflito instaurado também estão e devem ser obtidas por meio da consensualidade, com concessões recíprocas, e não de forma impositiva/imperativa pelo Estado.

O contrato original e sua equação econômico-financeira restarão imprestáveis diante das alterações contratuais que se impõem e o próprio contrato e o direito posto não garantirão os interesses e as necessidades das partes, impondo-se, dessa forma, a necessidade da construção de uma solução consensual na renegociação das cláusulas pactuadas inicialmente, inclusive dos seus valores de acordo com as novas necessidades e custos em *tempos de crise* e assim evitar danos insuportáveis a qualquer das partes.

É nesse contexto que entendemos que a *consensualidade* se apresenta como um *standard* necessário e adequado, técnica e estrategicamente, para uma solução harmonizadora afinal, se o bom senso e a necessidade de compreender o *outro* (ética da alteridade) não forem observados não se chegará a solução que atenda o interesse público, notadamente se considerarmos a sustentabilidade econômico-social (item 4.4).

Deve-se buscar uma solução que permita a continuidade da contratação, mesmo que com sacrífico de resultados materiais efetivos e/ou contrapartida financeira, se comparados àqueles originalmente pactuado. Mas tudo de forma consensual!

6 Considerações finais

Tempos de crise acarretam consequências diretas e indiretas, mediatas e imediatas nos contratos administrativos incomparáveis com um período de *normalidade*.

Em *tempos de crise* exige-se providências administrativas práticas, concretas e de forma imediatas que, por vezes, não terão lastro legal explícito, mas que mesmo assim terão que ser tomadas em homenagem ao *interesse público*.

Num cenário adverso de crise, urgência ou calamidade pública tem-se a instauração de um quadro fático-jurídico de difícil enfrentamento e que soluções fáceis ou mágicas não estão disponibilizadas no ordenamento jurídico nem em uma prateleira de fácil acesso.

Nesse contexto, entendemos que soluções consensuais com a devida motivação é o que deve fomentar e buscar a Administração Pública para o atingimento do *interesse público*, mesmo que para isso não seja observado o *princípio da legalidade estrita*.

Uma solução consensual é o mecanismo tecnicamente adequado e que deve ser buscada de forma estratégica para uma solução harmonizadora entre o interesse do particular-contratado, da Administração e o *interesse público*, afinal, se o bom senso e a necessidade de compreender o *outro* (particular-contratado, Administração e sociedade (sustentabilidade econômico-social) não forem observados, não se chegará à melhor solução.

Importante que nessas situações *sui generis* de *tempos de crise* todos os envolvidos atuem com maturidade e exerçam a *solidariedade* preocupando-se com o outro, dividindo as responsabilidades para encontrar a melhor saída e evitando qualquer desejo de se aproveitar, majorando benefícios ou deixando ônus desproporcionais para a outra parte. Um auxílio mútuo é o que se espera nesse período.

Assim, qualquer alteração inerente ao objeto já contratado apenas poderá ser realizada além dos limites legais se a Administração Pública cumprir os seguintes *standards*: a) demonstração de consecução do *interesse público*; b) não desnaturar o contrato firmado originalmente; c) verificação do custo do reequilíbrio econômico-financeiro; d) análise quanto à possibilidade de efetivação orçamentária e financeira; e) motivação plena como meio de demonstração da situação real instalada e das consequências do seu comportamento (comissivo ou omissivo); e, f) solução consensual.

Frise-se que em *tempos de crise* o gestor público deve adotar medidas disruptivas para que o *interesse público* não seja suplantado com interrupções ou atrasos na prestação de importantes políticas públicas, sendo imprescindível que os aditivos contratuais sejam firmados de forma consentânea a necessidade instalada e de acordo com os *standards* aqui apresentados.

Por fim, o cumprimento dos *standards* está associado a uma alteração contratual além dos limites legais mas que pretende legítima, devendo ser considerada viciada, passível de responsabilização do gestor público, qualquer alteração contratual que não demonstrar de forma clara e cabal o cumprimento dos *standards* aqui apresentados.

7. Referências bibliográficas

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. II.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Extensão das alterações dos contratos administrativos: a questão dos 25%. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACHOFF, Otto; STOBER, Rolf; WOLFF, Hans J. *Direito administrativo*. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006. v. I.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2003. t. I.

_____. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004. t. II.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Hermenêutica do princípio republicano: o caminho para a compreensão da Fazenda Pública. In: *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Toledo*. v. 8, nº 1, jul./2008. Centro Universitário Toledo: Araçatuba, 2008. p. 74-106.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DAL POZZO, Augusto Neves. O princípio da segurança jurídica e o processo licitatório. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 587-593.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milão: Guiuffè, 1953.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à lei nº 13.655/2018: lei da segurança jurídica para a inovação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Princípio da legalidade em tempos de crise: destruído ou ressignificado? In: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/principio-da-legalidade-em-tempos-de-crise-destruido-ou-ressignificado>. Ano 2020. Num. 447. Acesso em 20.05.2020.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana; SILVA, Rodrigo Monteiro da. *Improbidade administrativa*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- _____. A constitucionalização do direito administrativo e o controle do mérito do ato administrativo. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 41-82.
- _____. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

Mediação e conciliação judiciais em conflitos empresariais

Trícia Navarro Xavier Cabral

Pós-Doutora em Processo Civil pela USP. Doutora em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito Processual pela UFES. Professora da Graduação e do PPGDIR da UFES. Juíza de Direito do Estado do Espírito Santo, atualmente no cargo de Juíza Auxiliar da Presidência do CNJ. Membro do Comitê Gestor da Conciliação do CNJ. Membro do IBDP. E-mail: tricianavarro@hotmail.com.

Hiasmine Santiago

Mestranda pelo programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade do Estado do Espírito Santo. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-Graduada em Direito Judiciário pela Faculdade Multivix. Mediadora Judicial pela Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo. Assessora de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. E-mail: hiasmine_santiago@hotmail.com.

Renan Sena Silva

Mestrando pelo programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade do Estado do Espírito Santo. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Residente Jurídico Estudantil (Mestrado) na Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Membro do grupo de pesquisa "Justiça Multiportas e Inovação". E-mail: rensenasilva@gmail.com.

Sumário: Introdução - 1. Características dos conflitos de natureza empresarial - 2. A resposta do CNJ à crise pandêmica - 3. O tratamento de conflitos empresariais no CNJ na Lei nº 14.112/2020 - 4. A especialização dos conciliadores e mediadores judiciais - 5. A formação dos facilitadores em matéria empresarial - Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

A Constituição Federal prescreveu como direito fundamental o acesso à justiça, extraído do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1998 que, nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth constitui "o requisito fundamental - o mais básico dos

direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.¹

A referida previsão legal foi o primeiro passo para se (re)discutir a questão do acesso à justiça no ordenamento jurídico e, desde então, numerosas legislações foram editadas pelo Poder Legislativo e atos normativos pelo Judiciário com vistas a efetivar o citado comando constitucional, buscando, ainda, garantir aos jurisdicionados o tratamento pacífico das controvérsias.

Com efeito, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Medição), redesenharam o tratamento das disputas no ordenamento jurídico brasileiro quando: (i) adotou o sistema de Justiça Multiportas², apresentando-se aos jurisdicionados diversas opções de entrada e de saída e diversos mecanismos para o tratamento de conflitos; (ii) constituiu um “efetivo microsistema de métodos adequados de resolução de conflitos”³; e (iii) instituiu o princípio da consensualidade, indicando que as controvérsias devem ser tratadas, sempre que possível, por mecanismos autocompositivos, “[...] na tentativa de modificar uma cultura predominantemente adversarial em nosso sistema”.⁴

Isso porque, como diz Helio Antunes, a via autocompositiva “[...] apresenta-se como uma forma de tratamento de conflitos que se opera através da prevalência da vontade

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 11.

² O termo “Justiça Multiportas” foi uma expressão extraída a partir de uma palestra proferida por Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, na denominada “Pound Conference”, na qual foram discutidos os problemas da justiça norte-americana. Neste contexto, Sander apresentou a ideia de se introduzir, no âmbito do Poder Judiciário, várias opções para a resolução de disputas (SANDER, FRANK E.A. Varieties of Dispute Processing. In.: Levin, A Leo; WHELLER, Russell R. **The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future**. Saint Paul: West Publishing, 1979, p.86-87). Esta ideia foi trazida para o Brasil e, atualmente, após a edição de diversos diplomas normativos, vislumbrou-se a ideia de que também se estabeleceu o sistema Multiportas, em que o cidadão possui a sua disposição diversas formas de resolver os seus conflitos. Sobre o tema, conferir: ZANETTI JR., H.; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 9. 1024p.

³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Permitir que cartórios façam conciliação e mediação é iniciativa bem-vinda. In: **Revista Consultor Jurídico**, 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/tricia-navarro-permitir-conciliacao-cartorios-medida-bem-vinda>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. 1. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. v. 1, p. 36.

dos litigantes, sem que haja a intervenção vinculativa e substitutiva da vontade de um terceiro”.⁵

Vê-se, dessa forma, mudança em concepções que estavam arraigadas no sistema de justiça brasileiro, ocorrendo, nas palavras de Kazuo Watanabe, a alteração da cultura da sentença para a cultura da pacificação⁶. Como consequência, o modelo de justiça adversarial transformou-se em cooperativo e preferencialmente consensual, ressignificando o conceito de acesso à justiça, uma vez “[...] não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.⁷

Essas mudanças não implicam “na redução da relevância do Judiciário”⁸, mas em compreender que, no sistema de Justiça Multiportas, “[...] a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*”.⁹

Inserido nesse contexto, conforme já mencionado, encontra-se a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010¹⁰, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O ato normativo foi alterado por duas emendas (Emenda nº 1/2013 e Emenda nº 2/2016) e

⁵ CARLOS, Helio Antunes. **O microsistema de autocomposição**: possibilidade de um sistema mais participativo. Dissertação (mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2019, p. 144. Disponível em: <<http://repositorio.ufes.br/handle/10/11324>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁶ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

⁷ WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo [Coord.]. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁸ NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 9. p. 36.

⁹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 9, p. 38.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156#:~:text=CONFLITOS%20DE%20INTERESSES-,Art.%C3%A0%20sua%20natureza%20e%20peculiaridade>. Acesso em: 13 abr. 2021.

duas resoluções (Resolução nº 290/2019¹¹ e Resolução nº 326/2020¹²), todas emitidas pelo mesmo Conselho. O referido ato normativo “[...] constituiu um marco para a introdução de uma nova sistemática de tratamento adequado de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro”.¹³

Além de estabelecer, no âmbito dos tribunais, a utilização de métodos autocompositivo de tratamento adequado de conflitos, a normativa determinou a instituição dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros” ou “CEJUSCs”), responsáveis pelo atendimento aos cidadãos para orientações e realização das sessões de mediação e conciliação, as quais podem ocorrer antes da instauração do processo ou no curso deste.

Deve-se destacar que, a partir da Resolução nº 219, de 26 de abril de 2016 do CNJ, os CEJUSCs foram considerados unidades judiciárias e, desde então, passaram a estar no mesmo plano das varas, juizados, turmas recursais e zonas eleitorais para fins de distribuição de servidores, o que valoriza ainda mais a política e evita que as estruturas fiquem obsoletas e sem a adequada infraestrutura.

Os Centros Judiciários, portanto, são estruturas fundamentais para o desenvolvimento dos métodos autocompositivos, na medida em que funcionam como uma das portas aos cidadãos para buscarem o consenso.

A título exemplificativo, ressaltam-se as informações contidas no relatório “Justiça em números 2020” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, que tem como base as informações extraídas do ano de 2019. Observa-se que, de 2015 a 2019, houve uma ampliação dos CEJUSCs em todo o país, além de um significativo aumento no número de sentenças homologatórias. Em comparação com o ano de 2015, em que existiam apenas 654 CEJUSCs no país, no ano de 2019 constataram-se 1.284 CEJUSCs instalados no país. Aliada a esta ampliação, verificou-se que, em 2019, 12,5% dos julgados foram

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 290, de 13 de agosto de 2019**. Altera a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, para estabelecer critério de aferição da produtividade decorrente da atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2979>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 326, de 26 de junho de 2020**. Dispõe sobre alterações formais nos textos das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. **Revista eletrônica CNJ** [online], v. 4, p. 199-211, 2020, p. 206. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/180/71>. Acesso em: 13 abr. 2021.

por meio de sentenças homologatórias de acordo, o que representa um grande avanço em âmbito nacional.¹⁴

Também é possível perceber que a entrada em vigor do CPC/2015 reforçou ainda mais a política instaurada pela Resolução nº 125/2010 ao estabelecer uma audiência inaugural, em regra, obrigatória. Isso, porque, nos primeiros três anos de vigência, o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 5,6%, passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019.¹⁵

A Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013, ao alterar o art. 8º da Resolução nº 125, inseriu dispositivo que previa a possibilidade de que os CEJUSCs fossem “organizados por áreas temáticas, como centros de conciliação de juizados especiais, família, precatórios e empresarial, dentre outros, juntamente com serviços de cidadania” (art. 8º, §6º, da Resolução nº 125/2010).¹⁶

Tal dispositivo, apesar de ter sido revogado, com a nova redação dada pela Resolução nº 326/2020, denota que o CNJ já apontava a especialização, como um aspecto relevante para que fossem observadas tanto a natureza quanto as peculiaridades dos conflitos levados aos CEJUSCs.

Desse modo, o tema do presente estudo é o tratamento consensual dos conflitos empresariais, que incluem a recuperação e a falência, pela via das atividades de conciliação e mediação judicial, facilitadas por terceiros especializados. O texto será desenvolvido por análise quantitativa e qualitativa, a partir de dados disponibilizados pelo CNJ e das compreensões extraídas das Recomendações nº 58/2019 e 71/2020 do CNJ e da Lei nº 14.112/2010.

Para a análise do objeto da pesquisa, busca-se: (i) descrever a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário e a especialização dos mediadores e conciliadores judiciais como consequência do princípio da competência; (ii) especificar as peculiaridades do tratamento de conflitos de natureza empresarial e de recuperação e falência; (iii)

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156#:~:text=CONFLITOS%20DE%20INTERESSES-Art,%C3%A0%20sua%20natureza%20e%20peculiaridade>. Acesso em: 13 abr. 2021

investigar o estímulo ao tratamento consensual das controvérsias empresarias, extraídas das Recomendações de nº 58/2019 e 71/2020, ambas do CNJ, e da Lei nº 14.112/2020 que repercutem na especialização e capacitação de facilitadores que atuam nas mencionadas controvérsias; (iv) apresentar linhas gerais para a capacitação e aperfeiçoamento dos atores especialistas nesses tipos de conflito.

1. Características dos conflitos de natureza empresarial

O Brasil conta com uma experiência histórica com os métodos de conciliação e a arbitragem desde seu período colonial, uma vez que aplicáveis, à colônia, as legislações portuguesas que previam esses institutos e depois foram incorporados à “Constituição Política do Império do Brasil de 1824”, recebendo *status* de norma constitucional, bem como disciplinados pela legislação infraconstitucional.¹⁷

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, já prescrevia textualmente a conciliação e arbitragem para a pacificação de conflitos empresariais, também denominados de comerciais¹⁸, previstos no Código Comercial de 1850¹⁹, de modo diverso ao que se verifica com a mediação, que foi disciplinada apenas recentemente no país.

Nos dias atuais, ainda que se verifique o crescimento do número de estruturas especializadas para a mediação, a experiência brasileira ainda é reduzida nesse tema, especialmente em comparação aos Estados Unidos, que utiliza o método desde os idos de 1970²⁰, possuindo “diversas escolas que tratam o tema”.²¹

Desse modo, mesmo com o arcabouço legislativo que autoriza o tratamento dos conflitos empresariais pelas vias consensuais, como negociação, conciliação e

¹⁷ CAMPOS, Adriana Pereira. Conciliações e arbitragens no Brasil do século XIX. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2a.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 9, p. 899

¹⁸ Segundo Gladston Mamede, “A nomenclatura estabelecida pelo Código Civil, *Direito de Empresa*, ou *Direito Empresarial*, não deve submeter a academia. Os rótulos anteriores, quais sejam, *Direito Comercial*, *Direito do Comércio* ou *Direito Mercantil* ainda se aproveitam plenamente”. (MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial, v. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41).

¹⁹ CAMPOS, Adriana Pereira. Conciliações e arbitragens no Brasil do século XIX. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2a.ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 9, p. 899.

²⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação de conflitos no âmbito jurídico: o crescimento da mediação empresarial no Brasil. In.: **Cadernos FGV Projetos** [online], n. 26, p. 62-75, 2015, p. 66. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18434>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/15. In: FILHO, Antonio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. (Org.). **Os juízes e o novo CPC**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 151-166.

mediação, e haver ambientes aptos a promovê-los, como a existência de câmaras privadas que tem oferecido o serviço de mediação desde 2010,²² muitas controvérsias dessa natureza ainda desaguam no Poder Judiciário.

Segundo dados do CNJ, na “Pesquisa de Percepção dos Magistrados, Servidores e Advogados quanto à Especialização de Varas por Competência e a Unificação de Cartórios Judiciais”, realizada em 2020, verifica-se o direito empresarial como uma das matérias consideradas, pelos atores alvos da pesquisa, que deveriam dispor de varas especializadas.²³

Em termos quantitativos, segundo a referida pesquisa, 6% dos advogados optaram pela especialização de varas empresariais, em número superior às matérias de execução penal e/ou execução de medidas alternativas, tribunal do júri, falência, combate ao crime organizado, execução fiscal e tráfico de drogas. Entre os magistrados o percentual foi de 4,9%, em importe mais elevado que as matérias de tráfico de drogas e direito do consumidor. Em relação aos servidores o percentual foi de 4,1%.²⁴

Esses dados, além de demonstrar que os conflitos empresariais efetivamente chegam para serem tratados nas varas judiciais, revela que há uma demanda por especialização de profissionais e ambientes que atuem nesse ramo, o que se justifica pelas particularidades que lhes são inerentes.

O direito empresarial, embora constitua um ramo jurídico antigo, sendo possível afirmar, nas palavras de Gladston Mamede, “[...] que o Direito do Comércio é tão antigo quanto o próprio comércio”²⁵, apresentando-se legislações anteriores à 2000 a.C.²⁶, sofreu diversas alterações ao longo do tempo. No ordenamento jurídico brasileiro, o

²² GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação de conflitos no âmbito jurídico: o crescimento da mediação empresarial no Brasil. In.: **Cadernos FGV Projetos** [online], n. 26, p. 62-75, 2015, p. 67. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18434>. Acesso em: 16 abr. 2021.

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa de percepção dos magistrados, servidores e advogados quanto à especialização de varas por competência e a unificação de cartórios judiciais**. Brasília/DF, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio-de-unificacao-dos-cartorios_2020-08-25_3.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa de percepção dos magistrados, servidores e advogados quanto à especialização de varas por competência e a unificação de cartórios judiciais**. Brasília/DF, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio-de-unificacao-dos-cartorios_2020-08-25_3.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁵ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.

²⁶ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.

Código Civil de 2002 (CC/2002) apresentou diversas inovações na matéria de direito empresarial em relação ao que estava previsto no Código Comercial de 1850.

Lucas Abreu Barroso identificou que o CC/2002 implementou as seguintes novidades: recepcionou-se a “teoria da empresa em detrimento do superado ato de comércio”, revisou-se os “tipos societários”, determinou-se os “princípios aplicáveis à matéria societária”, regulamentou-se, de forma minudente, a “sociedade limitada” e foram estipuladas “normas esclarecedoras sobre as sociedades autônomas e cooperativas.”²⁷. Isso quer dizer que, em grande medida, a atual conformação do direito empresarial não chegou a completar 20 anos, de modo que relativamente recente.

Ademais, antes de se adentrar, especificamente, às questões que envolvem os conflitos empresariais, é importante ter em mente que: (i) “[...] o Direito Comercial desenvolveu a idéia [sic] de atividade. Ou seja: de uma série de atos tendentes à consecução de um determinado fim.”²⁸; (ii) “A atuação do empresário caracteriza-se não por um ou outro negócio jurídico, mas pelo exercício de uma atividade”²⁹ e (iii) “a atividade empresarial pode ser exercida individualmente ou de modo coletivo”.³⁰

Esses três fatores indicam que há múltiplas possibilidades de desenvolvimento de conflitos na seara empresarial, uma vez que, como já mencionado, são praticados diversos atos, exercendo-se uma atividade e, ainda, o fato de que pode ser realizado coletivamente, abrindo-se um amplo cenário para que surjam controvérsias, divergências e disputas intersubjetivas.

Nesse sentido, os divergências empresariais podem ser subdivididas em duas modalidades: (i) internas, envolvendo não apenas os “conflitos societários, mas também conflitos entre funcionários, entre gestores e seus funcionários, entre

²⁷ BARROSO, Lucas Abreu. O Novo Código Civil brasileiro no momento histórico de sua publicação. In.: BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

²⁸ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A empresa e o empresário no novo Código Civil. In.: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 495.

²⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A empresa e o empresário no novo Código Civil. In.: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 495.

³⁰ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A empresa e o empresário no novo Código Civil. In.: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 497.

departamentos da empresa, dentre outros”³¹ e (ii) interempresariais, quais sejam, as controvérsias relativas às “relações entre empresas, como por exemplo, as demandas decorrentes de crédito e débito, transações comerciais, financeiras e imobiliárias, relações de franquia, propriedade intelectual, operações com seguros, dentre outros”.³²⁻³³

Ademais, o conflito empresarial também pode envolver demandas relativas à falência e à recuperação judicial, instrumentos que, na lição de Daniel Carnio, são responsáveis pelo saneamento do mercado e benéficos à economia, seja para retirada da pessoa jurídica que tem prestado serviços ruins à população em geral, seja para auxílio da empresa em momento de crise, em função dos benefícios econômicos sociais decorrentes daquela atividade.³⁴

No direito societário, podem ser encontrados quatro dos cinco tipos de conflitos classificados por Morton Deutsch em relação aos atores que compõe a controvérsia. O referido autor listou as seguintes tipologias: “intrapessoais, interpessoais, intracoletivos, intercoletivos e internacionais”³⁵, de modo que, *a priori*, apenas deixa de se verificar nos conflitos empresariais o último tipo listado.

De acordo com Ana Candida Menezes Marcato e Fernanda Tartuce, a mediação é um instrumento adequado na seara empresarial, principalmente ao se observar as

³¹ SILVA, Nathália Maria de Araújo. **O uso da mediação na resolução adequada de disputas empresariais: possibilidades e desafios**. 2019. 137 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) - Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2019. p. 70. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23530?mode=full>. Acesso em: 16 abr. 2029.

³² SILVA, Nathália Maria de Araújo. **O uso da mediação na resolução adequada de disputas empresariais: possibilidades e desafios**. 2019. 137 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) - Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2019. p. 82. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23530?mode=full>. Acesso em: 16 abr. 2029.

³³ Moreira e Santos, nessa mesma senda, ressaltam que “O conflito no âmbito empresarial pode ocorrer intradepartamental (entre gestores de um mesmo departamento), interdepartamental (entre gestores de departamentos diversos de uma mesma empresa); intersocial (entre sócios), interempresarial (entre empresas parceiras), e interrelacional (entre empresa e cliente). (MOREIRA, Aline Simonelli; SANTOS, Danilo Ribeiro Silva dos. A resolução de conflitos empresariais pela utilização dos métodos autocompositivos de resolução de conflito. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio do Passo; SEADLACEK, Frederico; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual**. vol 2. Serra: Editora Milfontes, 2019, p. 21-29).

³⁴ COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos**. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura, v. 16, p. 59-77, 2015.

³⁵ DEUSTCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. New Haven (CT) Yale University Press, 1977 – traduzido e parcialmente publicado in.: AZEVEDO, André Gomma de (org.) **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>>. Acesso em Acesso em: 13 abr. 2021.

finalidades principais das empresas, quais sejam, “[...] a satisfação dos consumidores, a administração de conflitos nos negócios e a melhoria do funcionamento orgânico da instituição, aprimorando a comunicação entre seus componentes [...]”.³⁶

Nesse particular, levando-se em consideração, ainda, que a realidade brasileira demonstra que muitos empreendimentos compõem empresas familiares,³⁷ a utilização da mediação nos conflitos que se desenvolvem em seu âmbito é recomendada, uma vez que se mostra como a forma de tratamento “[...] adecuada para llegar a un acuerdo o em su caso solucionar las asperezas provocadas por la rivalidad entre los participantes de la empresa que son integrantes de una misma familia y evitar los costes de un juicio.”.³⁸

Vê-se, portanto, que o perfil do mediador especializado em questões empresariais e empresariais-familiares é distinto, por exemplo, do profissional que atuará nos conflitos estabelecidos no âmbito do direito de família, como adoção, divórcio e guarda dos filhos, nos quais se deve aprofundar em questões sentimentais e individuais dos envolvidos no conflito. Nas lições de Diego Faleck, constata-se que os “mediadores empresariais tendem a ser mais pragmáticos e adaptáveis às necessidades das partes e da disputa”³⁹ e a mentalidade do mediador deve ser voltada para os negócios, o que pauta, inclusive, sua atuação em virtude das disputas comerciais.⁴⁰

Nota-se, ainda, que diversas peculiaridades dos conflitos empresariais justificam a busca pela consensualidade entre as partes, como exemplo, cita-se: (i) o exercício de relações continuadas na consecução da atividade desenvolvida pela empresa; (ii) a ampla possibilidade de se encontrar interesses em comum e, dentro desse aspecto, os

³⁶ TARTUCE, Fernanda; MARCATO, Ana Candida Menezes. Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários. **Revista de Processo**, v. 279, p. 513-527, 2018.

³⁷ Segundo dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), empresas familiares geram 65% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro e empregam 75% da força de trabalho, além de representarem 90% dos empreendimentos no Brasil. Utiliza-se a definição de empresa familiar como aquela em que consta, na atividade empresarial, ao menos um parente (pai, mãe, avô, avó, filho/a, sobrinho/a, neto/a, cunhado/a) entre os sócios ou colaboradores do empreendimento. **(NO Brasil, 90% das empresas são familiares)**. Disponível em:

<http://www.sebrae-sc.com.br/newart/default.asp?materia=10410>. [s.d.] Acesso em 13 abr. 2021.)

³⁸ BERNAL, Luis Lauro Herrera. Mediación como Alternativa en la Solución de Conflictos en las Empresas Familiares. **Revista de la Facultad de Derecho** [online], n. 45, 2018. p. 185-205. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n45/2301-0665-rfd-45-185.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

³⁹ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 42/2014. Jul - Set / 2014. p. 263 - 278.

⁴⁰ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 42/2014. Jul - Set / 2014. p. 263 - 278.

próprios sócios, quando em controvérsia, tendem a ter como interesse a manutenção da sociedade e da empresa; (iiii) o fato de que em mecanismos consensuais há possibilidade do modelo ganha-ganha em detrimento do modelo ganha-perde, que ocorre em jogos de soma zero⁴¹; (iv) somada à comum necessidade de sigilo e celeridade.

Levando-se em conta as peculiaridades dos conflitos empresariais, Gonçalves aduz que “[...] principalmente no ambiente corporativo em que a celeridade está diretamente relacionada com o custo, os meios extrajudiciais de solução de conflitos se apresentam não como uma alternativa, e sim uma primeira opção para as corporações.”⁴²

Porém, uma vez que as partes tenham levado a demanda ao Judiciário, antes de ser proferida a decisão adjudicatória, deve-se priorizar a autocomposição dos conflitos, pois “[...] o litígio poderia deixar seqüelas [sic], e conseqüentemente, inviabilizar ou dificultar negócios futuros.”⁴³. Desse modo, no sistema de Justiça Multiportas, mesmo quando se ingressa “[...] com uma ação no judiciário, abra-se a oportunidade para que as possam, de forma consensual, *inter partes*, de modo autocompositivo, chegarem ao fim do litígio”.⁴⁴

Assim, há diversas questões delicadas que envolvem o tratamento das controvérsias empresariais, sendo imprescindível a atuação de profissionais qualificados e especializados para que sejam adequadamente competentes para atuação nesses conflitos.

Ademais, não se pode deixar de se considerar que os métodos consensuais ainda não se popularizaram na práxis como é necessário para a efetiva mudança de paradigma enfrentando resistência por advogados e partes, que se veem arraigados em uma cultura do litígio.

⁴¹ Sobre a teoria dos jogos aplicada ao tratamento adequado de conflitos conferir: ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: André Gomma de Azevedo. (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa e Maggiore Editora, 2003, v. 02, p. 175-199.

⁴² GONÇALVES, André Luis Ferreira. Mediação e arbitragem empresarial: alternativas de resolução extrajudicial de conflitos comerciais no Brasil. **Brazilian Journal of Development** [online], Curitiba, v. 5, n. 3, mar. 2019. p. 2505-2521. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/1311/1193>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁴³ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). **Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 18.

⁴⁴ DE LORENCI, Matheus Belei Silva; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. “Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. In: **Anais do Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória, 2018, p. 533. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em: 16 abr. 2020

Sobre esse aspecto, Brandão afirma “[...] que no Brasil ainda não houve um despertar do setor empresarial para os efeitos e benefícios que podem ser alcançados com a aplicação da mediação extrajudicial em seus conflitos.”⁴⁵⁻⁴⁶. Ou seja, as partes ainda acabam recorrendo, em muitos casos, ao Poder Judiciário para o tratamento de suas controvérsias.

Diante disso, mais uma vez o Poder Judiciário, pela ação do CNJ, editou atos normativos (Recomendações nº 58/2019 e nº 71/2020) e o Poder Legislativo aprovou a Lei nº 14.112/2020, com a finalidade precípua de efetivar a almejada mudança de paradigma da consensualidade no âmbito dos conflitos empresariais.

2. A resposta do CNJ à crise pandêmica

A crise sanitária ocasionada pelo novo coronavírus (Covid-19) culminou em mudanças nos vários setores da sociedade, transformações legislativas e edições normativas infralegais, sendo que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle e aperfeiçoamento do Poder Judiciário, exerceu significativo papel nesse contexto de adaptação das demandas sociais à nova realidade.

A necessidade de conter a contaminação pelo vírus por meio do distanciamento social, recomendado pelas autoridades médicas, fez com que diversos governos determinassem a restrição de circulação de pessoas e, em muitos momentos, o fechamento do comércio. Essas ações repercutem e geram um grande impacto na economia e, em especial, nas atividades empresariais. Nesse contexto, fala-se da necessidade de inovação, “principalmente em ambientes de restrições de recursos, o

⁴⁵ BRANDÃO, Clésia Domingos. **Mediação empresarial**: uma análise de aplicabilidade e efetividade do instituto nos conflitos entre empresas. 2019. 160 f. Dissertação (Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade) - Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo, 2019. p. 136. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2117/2/Cl%C3%a9sia%20Domingos%20Brand%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁴⁶ Vale e Vial, a partir de dados empíricos produzidos em pesquisa realizada no ano de 2019, concluíram de forma semelhante que: “No que se refere aos dados empíricos, restou demonstrado o desconhecimento dos empresários acerca da mediação extrajudicial enquanto ferramenta que possibilita o fortalecimento da autonomia privada em suas relações com clientes e fornecedores. Da mesma maneira, os resultados da pesquisa mostram que prevalece no Brasil a cultura do litígio” P. 150 (VALE, Kelly Aparecida; VIAL, René. Mediação extrajudicial de conflitos interempresariais: um instrumento para o exercício da autonomia privada das empresas. **Revista da SJRJ** [online], v. 23, p. 135-153, 2020. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/305>. Acesso em 16 abr. 2021).

que vêm se tornando uma realidade cada vez mais presente e necessária, muitas vezes, para manter o nível mínimo de operação com vistas à manutenção do negócio”.⁴⁷

A partir de um esperado cenário de crise econômica, por ocasião da redução da circulação de bens e serviços, muitas pessoas jurídicas se encontram impossibilitadas de cumprir suas obrigações, culminando em inadimplências, conflitos e insolvências que recaem sobre o Poder Judiciário.

Antes mesmo desse cenário pandêmico, o CNJ já havia editado a Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019, visando o adequado tratamento dos conflitos nas ações de recuperação empresarial e falência. O objetivo foi fazer com que os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento de processos que envolvam as referidas matérias promovessem o uso da mediação, em varas especializadas ou não.⁴⁸

No ano posterior, quando a crise sanitária já havia afetado o país, o CNJ emitiu a Recomendação nº 71/2020, em 05 de agosto de 2020, responsável pela criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC Empresarial, com vistas a fomentar ambientes especializados para o uso de métodos consensuais para o tratamento de conflitos de natureza empresarial.⁴⁹

Ademais, o Poder Legislativo também buscou fortalecer o uso da mediação e da conciliação e de outros métodos consensuais de solução de controvérsias de recuperação e falência, pela promulgação da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que buscou “atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária”.⁵⁰

⁴⁷ Nassif, Vânia Maria Jorge; CORREA, Victor Silva; ROSSETTO, Dennys Eduardo. Estão os empreendedores e as pequenas empresas preparadas para as adversidades contextuais? uma reflexão à luz da pandemia do Covid-19. **Revista de empreendedorismo e gestão de pequenas empresas**, v. 9, p. i-xii, 2020, p. ii. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7608263>. Acesso em: 16 abr. 2021,

⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019**. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 71, de 05 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

Contudo, para que as referidas normatizações sejam implementadas, mostra-se imprescindível que os tribunais promovam a capacitação dos facilitadores que irão atuar nos conflitos de recuperação e falência, bem como nos demais conflitos de natureza empresarial que cheguem às unidades judiciárias com competência para processar e julgar demandas dessas matérias, o que inclui os CEJUSCs Empresariais.

Tanto a capacitação de conciliadores e mediadores quanto instituição dos CEJUSCs Empresariais pelos tribunais têm como finalidade promover a devida especialização, objetivando resultados mais eficientes.

3. O tratamento de conflitos empresariais no CNJ na Lei nº 14.112/2020

Segundo dados dos “Painéis CNJ”, no “Módulo de Produtividade Mensal do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ)”, disponibilizado no sítio eletrônico do órgão, o total de unidades judiciárias com competência para processar e julgar as demandas de natureza empresarial e as de falências e recuperação judicial, porém sem competência exclusiva – não sendo, portanto, varas especializadas – é de 896 unidades, com um estoque de 4.245.754 de processos e taxas de congestionamento líquida de 72,1% e total de 75,2%.⁵¹

Quando elencadas as unidades judiciárias especializadas com competência exclusiva para processar e julgar as demandas das matérias mencionadas, o quantitativo encontrado é de 17 unidades (sendo 14 unidades exclusivas para a matéria empresarial e 3 para recuperação judicial e falências), com um estoque de 92.875 processos, taxas de congestionamento líquida de 77% e total de 84,8%.⁵²

Desses dados, duas questões devem ser observadas. A primeira é relativa ao pouco contingente de varas especializadas no sistema judiciário brasileiro para processar e julgar as demandas empresariais em geral e os processos de recuperação e falência. As informações demonstram que a realidade apontada em 2008 por Edgard Katzwinkel, ao versar sobre as vantagens do tratamento de conflitos nas sociedades empresárias pela arbitragem, ainda permanece praticamente inalterada, uma vez que o autor afirmou que “a especialização dessas demandas societárias obriga, cada vez mais, a

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painéis CNJ - Módulo de Produtividade Mensal do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ)**. Disponível em: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40oneodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincial. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painéis CNJ - Módulo de Produtividade Mensal do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ)**. Disponível em: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40oneodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincial. Acesso em: 15 abr. 2021.

presença de profissionais qualificados para encontrar a solução ideal, nem sempre presentes no juízo estatal”.⁵³

O segundo aspecto se refere aos maiores índices de congestionamentos líquidos e totais apresentados. As taxas mais elevadas nas varas especializadas não denotam que tenham menor capacidade de gerir suas demandas, profissionais menos qualificados ou uma estrutura mais deficiente, ao contrário do que poderia se cogitar, mas, considerando a alta complexidade dessas demandas e o tempo que demora os processos de recuperação judicial e falência, evidenciam ainda mais a necessidade do adequado tratamento de conflitos dessa natureza.

Como já demonstrado, a utilização de mecanismos consensuais, inclusive na seara empresarial, é incentivada por diversas leis que compõem o microsistema de métodos adequados de tratamento de conflitos. Identifica-se que, nas palavras de Daniel Silveira e Thiago Silveira, que “[...] a conciliação e a mediação são instrumentos processuais importantíssimos para a efetivação da função social da empresa [...]”, tendo-se em vista “[...] que as relações comerciais do mundo globalizado não comportam um sistema processual e jurídico que não acompanhe as transformações sociais, políticas e econômica.”.⁵⁴

Ressalta-se que a preocupação com a saúde financeira das empresas remonta aos efeitos da crise econômica no Brasil, agravada nos anos de 2015 e 2016,⁵⁵ que prejudicou sobremaneira o desenvolvimento comercial no Brasil. Com vistas à retomada da economia e a geração de renda do país, intensificaram-se as discussões legislativas para a modificação da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Embora a legislação não tenha avançado naquele momento, o Conselho Nacional de Justiça teve um papel fundamental para que a solução de conflitos em âmbito empresarial se desenvolvesse.

⁵³ KATZWINKEL, Edgard. A arbitragem como procedimento eficaz para a solução dos conflitos (entre sócios e a sociedade) nas sociedades empresárias. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). **Grandes Temas da Atualidade** - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 94.

⁵⁴ SILVEIRA, Daniel Barile da; SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. A conciliação e a mediação como instrumentos para a realização da função social da empresa. **Revista Juris Unitoledo** [online], v. 2, p. 1-20, 2017. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2562>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁵⁵ CAMPOS, Pedro Henrique. Os efeitos da crise econômica e da operação Lava Jato sobre a indústria da construção pesada no Brasil: falências, desnacionalização e desestruturação produtiva. **Revista Mediações** [online], Vol. 24, No. 1, 2019. pp.127-153. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/35617/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

Ademais, o tratamento consensual de disputas sendo implementados no emblemático caso do processo de recuperação judicial do denominado Grupo Oi, tendo tramitado na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.⁵⁶

Neste cenário, ainda sob os reflexos do abalo econômico-financeiro do país e visando a efetiva mudança de paradigma, o CNJ criou o Grupo de Trabalho, coordenado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, por meio da Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018,⁵⁷ visando à promoção de estudos e diagnósticos para dar maior celeridade, efetividade e segurança jurídica aos processos de recuperação judicial e falência.

Em sequência, foram editadas as Recomendações nº 58/2019 e nº 71/2020, sob os influxos do sistema de Justiça Multiportas instaurado nas legislações expostas nos tópicos anteriores.

A Recomendação nº 58/2019, foi editada pelo CNJ a fim de que os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento de processos que envolvessem recuperação empresarial e falência promovessem o uso da mediação, independentemente se fossem de varas especializadas ou não.

Referido instrumento alinha-se à política pública instituída também pelo CPC/2015 e pela Lei de Mediação, que trouxeram a mediação como mecanismo fundamental para solução de controvérsias em âmbitos judicial e extrajudicial.

O contexto da Resolução advém das discussões provenientes do Grupo de Trabalho (GT) destinado a apresentar contribuições para a modernização e a efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência, criado pela Portaria nº 162 do CNJ, alterada posteriormente pelas Portarias nº 40, de 27 de fevereiro de 2019,⁵⁸ e nº 74, de 13 de maio de 2019.⁵⁹

⁵⁶ Sobre o caso, conferir: RITT, Amanda Caroline. **A utilização da mediação no processo de recuperação judicial**. 2018. 69 f. Trabalho de conclusão de curso (Curso de Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/225573363.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018**. Institui Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2787>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 40, de 27 de fevereiro de 2019**. Inclui incisos XVI e XVII ao art. 2º da Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018, que institui Grupo de Trabalho para contribuir com modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2841>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 74, de 13 de maio de 2019**. Inclui os incisos XVIII a XX ao art. 2º da Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018, que institui Grupo de Trabalho para contribuir com modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação

Trata-se de uma recomendação para oportunizar a solução adequada do conflito empresarial por meio da mediação, como instrumento de recuperação de ativos e melhoria da circulação financeira no mercado, bem como a proteção dos credores das empresas em crise financeira.

No mesmo sentido, o Enunciado nº 45, aprovado na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal disciplinou que a “mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”.⁶⁰

Ainda no âmbito de implementação de políticas públicas de tratamento adequados traçadas pela legislação processual civil e pela Lei de Mediação, o CNJ, seguindo o mesmo caminho, editou a Recomendação nº 71/ 2020, responsável pela criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC Empresarial, com vistas a fomentar o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial.

Registre-se que, anteriormente a esta recomendação, alguns tribunais estaduais, como Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (Provimento CGJ nº 11/2020), Paraná (CEJUSC de recuperação de empresas na Comarca de Francisco Beltrão), Rio de Janeiro (Ato nº 17/2020), Espírito Santo (Ato Normativo Conjunto nº 22/2020), Rio Grande do Sul (Ato nº 25/2020), já haviam elaborado um projeto piloto para instalação do mencionado Centro e a experiência bem sucedida levou ao CNJ a ampliar a iniciativa para todo o país.

Ademais, com o advento da pandemia da Covid-19, apontado nas linhas introdutórias, também foi um propulsor de mudanças como essas, para a solução rápida dos conflitos em um cenário de crise econômica ocasionada pela estagnação da circulação de bens e serviços em virtude do necessário distanciamento social para contenção do vírus.

A Recomendação nº 71/2020 do CNJ, por seu turno, foi responsável pelo estímulo à implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais e tem como objetivos principais: (i) incentivar a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs ou Centros) Empresarias nos tribunais pátrios; (ii) prescrever normas de observância cogente pelos Tribunais que os instituírem; (iii) disciplinar e regulamentar os procedimentos de negociação,

judicial e de falência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2907>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁶⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 45**. A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/900>. Acesso em 13 abr. 2021.

conciliação e mediação previstos no âmbito dessa modalidade de CEJUSC especializado; bem como, (iv) fomentar a utilização de “métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial”.

E para além de um Centro Especializado, também é necessária uma estrutura voltada à solução dos conflitos, pelas peculiaridades econômicas, sociais e até mesmo legislativas que circundam a temática e de conciliadores e mediadores adequadamente competentes.

Por fim, a alteração normativa mais recente e de grande destaque veio com a edição da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que alterou a Lei de Falências e de Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) e trouxe importantes modificações no âmbito dos métodos adequados de tratamento de conflito nos processos de recuperação judicial e falência.

Com efeito, foi inserido a alínea j, ao inciso I, art. 22, da Lei de Falências e de Recuperação Judicial, que prescrever o dever do administrador judicial de “estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros” nos mesmos contornos previstos aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, no art. 3º, §3º, do CPC/2015.⁶¹

Ademais, introduziu a Seção II-A (Das Conciliações e das Mediações Antecedentes ou Incidentais aos Processos de Recuperação Judicial), com a previsão normativa específica de realização de conciliação e mediação na fase pré-processual e no curso do processo.

Referida legislação reforça o escopo de valorização dos métodos adequados introduzido pelo Código de Processo Civil ao prever em seu iter procedimental uma etapa destinada à realização de conciliação e mediação, além de estabelecer expressamente a possibilidade de estas serem realizadas por meio virtual, desde que os CEJUSCs ou Câmaras especializadas dos Tribunais tenham referido mecanismo (art. 20-D⁶²).

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁶² Art. 20-D. As sessões de conciliação e de mediação de que trata esta Seção poderão ser realizadas por meio virtual, desde que o Cejusc do tribunal competente ou a câmara especializada responsável disponham de meios para a sua realização. (BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 16 abr. 2021).

Portanto, conclui-se que o aparato normativo vem impulsionando cada vez mais a utilização dos métodos adequados em todos os âmbitos do direito, mesmo os mais especializados, uma vez que se busca o tratamento dos conflitos sociais, e não apenas finalização de processos e redução de números estatísticos no âmbito dos tribunais.

4. A especialização dos conciliadores e mediadores judiciais

O art. 1º, III, do Código de Ética do Miadores e Conciliadores Judiciais, Anexo III, da Resolução 125/2010⁶³ e aplicável aos conciliadores e mediadores judiciais, evidencia que a atuação dos referidos Centros deve ser realizada por profissionais capacitados, a fim de fornecer aos jurisdicionados um serviço de qualidade, impondo “dois deveres aos mediadores: o primeiro é o de se qualificar e o segundo é o de se reciclar periodicamente”.⁶⁴

Trata-se do princípio da competência, necessário que os facilitadores não apenas sejam habilitados a atuarem judicialmente, mas possuam aptidões que os deixem aptos a atuarem frente às especificidades que surgirem nos casos concretos, especialmente quando diante de conflitos que possuam diferentes naturezas.⁶⁵

O conteúdo do princípio da competência, portanto, não pode ser entendido apenas como a necessidade de formação e reciclagem para habilitação dos facilitadores a exercerem a conciliação e mediação judicial, mas deve abranger também as condições em concreto para que os facilitadores atuem em determinada demanda, entendida, nesta investigação, como competência adequada.

⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156#:~:text=CONFLITOS%20DE%20INTERESSES-,Art.,%C3%A0%20sua%20natureza%20e%20peculiaridade>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁶⁴ MEIRA, Danilo Christiano Antunes; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O conteúdo normativo dos princípios orientadores da mediação. **Revista Jurídica da FA7** [online], v. 14, p. 101-123, 2017, p. 109. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/497/369>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁶⁵ Nesse sentido, pertinentes são as considerações de Helio Antunes Carlos, que leciona que “[...] os conflitos não podem ser enxergados de forma única. A natureza e o estágio do conflito repercutem diretamente no tratamento que lhe deve ser conferido. Assim, o tratamento adequado do conflito deve, simultaneamente: (1) evitar ‘matar uma formiga com balão de canhão’, desperdiçando recursos e energia; e (2) apresentar-se como profilaxia a uma crescente escalada do conflito, tratando esse o quanto antes”. (CARLOS, Helio Antunes. A atuação da defensoria no tratamento extrajudicial de conflitos de família: estudo de campo realizado na Defensoria Pública do estado do Espírito Santo no Núcleo de Serra/ES. In: **Anais do Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória, 2017. p. 530-544. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em: 30 mar. 2021).

A ideia de competência adequada para os facilitadores, extraído do princípio da competência positivado no referido Código de Ética, assemelha-se, mas não se confunde com o princípio da competência jurisdicional adequada tratado no âmbito do Direito Processual Civil. Segundo Paula Sarno Braga, há diversas "situações em que há mais de um Estado, órgão ou ente previsto como igualmente competentes para dados atos e ações estatais".⁶⁶

No sentido que aqui se propõe, a competência adequada diz respeito à capacitação específica de mediadores e conciliadores para atuarem em demandas que, pela natureza ou situação do conflito, demandam competências e conhecimentos específicos dos facilitadores para maiores chances de êxito do procedimento autocompositivo, como ocorre, por exemplo, nos conflitos familiares.

Nesse mesmo sentido, conforme leciona Luciane Moessa de Souza, a preparação para resolver conflitos de natureza familiar é totalmente diversa da qualificação para se solucionarem conflitos de âmbito empresarial, sendo ambas bastante diferenciadas daquela necessária para quem atue, por exemplo, em conflitos envolvendo o Poder Público.⁶⁷

Desse modo, tendo em vista que a mediação e a conciliação de conflitos empresariais, nos quais se inserem a recuperação e a falência, demandam uma atuação específica, realizada por facilitadores qualificados e adequadamente competentes, serão explicitadas as peculiaridades dos conflitos empresariais que justificam a especialização.

5. A formação dos facilitadores em matéria empresarial

Diante do panorama apresentado, necessário traçar algumas considerações sobre a formação de profissionais especializados em atuarem na conciliação e na mediação no âmbito dos CEJUSCs empresariais.

⁶⁶ Diante disso, nas palavras da professora, "o exercente do poder, mais do que abstratamente competente, deve ser concretamente competente, e, sobretudo, deve ser aquele que se revele adequado e apropriado para o desempenho de suas tarefas e atribuições constitucionais, por procedimento em que possa viabilizar participação direta ou indireta do indivíduo (ou comunidade) interessado em seus bons resultados". (BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. In: **Revista de processo**, vol. 219. São Paulo: RT, 2013, p. 13-41).

⁶⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. Diretrizes éticas, capacitação, credenciamento e supervisão da atuação. In.: SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz, RS: Essere nel Mondo, 2015. Livro digital. p. 153. Disponível em: https://www.academia.edu/22380472/Media%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_novo_paradigma_de_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a. Acesso em: 30 mar. 2021

A formação do profissional para atuar como terceiro imparcial nos métodos autocompositivos disponíveis nos CEJUSCs perpassa pelas etapas teórica e prática delineadas pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, que estabelece diretrizes fundamentais para a realização dos cursos.

Além disso, a Resolução, juntamente com a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil disciplinam que a capacitação do mediador ou do conciliador deve ser feito por meio de curso realizado pelos tribunais ou por entidades formadoras que cumpram as exigências previstas nos diplomas normativos.⁶⁸

Diante disso, é necessário que o profissional tenha a formação básica em mediação, de acordo com os parâmetros supracitados para, minimamente, conduzir uma mediação ou conciliação judicial.

No caso do profissional que atue em demandas empresariais deve-se entender que a capacitação na matéria seja imprescindível para se realizar um trabalho adequado às peculiaridades do caso, o que se justifica pela compreensão da competência adequada, tratado no primeiro tópico deste trabalho.

Assim, para que se possa atuar nos conflitos de recuperação e falência, a Recomendação nº 58/2020 do CNJ “orienta que além da capacitação em mediação, o mediador deve deter conhecimento em casos de insolvência”⁶⁹ “e em negociações complexas com múltiplas partes” (art. 3º, §2º).⁷⁰

⁶⁸ Nesse sentido, MEIRA e RODRIGUES afirmam: “De acordo com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, a competência é comprovada por certificado de conclusão de curso promovido pelos tribunais ou instituições parceiras e que contemple o conteúdo programático do Anexo I da própria Resolução. O Código de Processo Civil possui um sentido semelhante, mas difere ao exigir o credenciamento e não a parceria das instituições ofertantes dos cursos de capacitação de mediadores. A Lei da Mediação também inova ao trazer outro requisito para a atuação dos mediadores em âmbito judicial: possuir graduação “há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação”. Além disso, a Lei da Mediação também difere ao exigir que a instituição ofertante do curso de capacitação seja apenas reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. P.109-110. (MEIRA, Danilo Christiano Antunes; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O conteúdo normativo dos princípios orientadores da mediação. **Revista Jurídica da FA7** [online], v. 14, p. 101-123, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/497/369>. Acesso em: 16 abr. 2021).

⁶⁹ VILAS BOAS, Cyntia Aparecida. A atuação do mediador na recuperação judicial. **Revista Direito UTP** [online], v.1, n.1, jul./dez.2020. p. 26-44. Disponível em: <https://revistas.utp.br/index.php/DRT/article/view/2493/2071>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁷⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019**. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 13 abr. 2021.

A Recomendação nº 71/2020 do CNJ, em sentido semelhante, dispõe que os tribunais que implementarem o CEJUSC Empresarial têm o dever de “providenciar a capacitação específica de conciliadores e mediadores em matéria empresarial, ou realizar cadastro de câmara de conciliação e mediação que possua essa especialização” (art. 7º, I).⁷¹

Destaca-se que a legislação não exige a formação em direito para o facilitador dos conflitos, mas é importante esclarecer que este deve ter um prévio conhecimento para saber melhor lidar com as contendas que podem ocorrer na sua atuação, sobretudo em conflitos empresariais. Ademais, a participação de advogados, no procedimento, mesmo em alguma hipótese que não seja legalmente obrigatória, é vista como necessária.⁷²

É imprescindível, pois, que os cursos de capacitação sejam formulados de modo a promover o processo de ensino-aprendizagem de conteúdos necessários ao arcabouço teórico dos conciliadores e mediadores de conflitos empresariais, a partir da compreensão das especificidades que envolvem as controvérsias dessa natureza. Não obstante, devem possibilitar aos participantes da capacitação o desenvolvimento de habilidades, que serão manifestas em competências no decorrer de sua prática profissional.

Como exemplo de treinamento específico, cita-se o treinamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo por meio da Escola Superior de Magistratura (ESMAGES), em parceria com a Escola Superior de Advocacia (ESA), no ano de 2020, visando à “Capacitação em Mediação Empresarial, destinada aos profissionais que irão atuar no Projeto Especial de Recuperação de Empresas do TJES, o PERE – Covid-19”.⁷³

A capacitação em questão, com duração de 20 horas, abordou os seguintes temas: “Mediação nas relações de consumo das empresas”; “Mediação no contexto da

⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 71, de 05 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁷² MOREIRA, Aline Simonelli; SANTOS, Danilo Ribeiro Silva dos. A resolução de conflitos empresariais pela utilização dos métodos autocompositivos de resolução de conflito. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio do Passo; SEADLACEK, Frederico; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Temas de Direito Processual Contemporâneo**: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual. vol 2. Serra: Editora Milfontes, 2019, p. 21-29.

⁷³ **CURSO de mediação empresarial capacita profissionais que irão atuar no PERE-COVID19**. [Vitória, ES], 06 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/curso-de-mediacao-empresarial-capacita-profissionais-que-irao-atuar-no-pere-covid19>. Acesso em: 16 abr. 2021.

recuperação empresarial e falência”; “Mediação envolvendo pequenas, médias e grandes empresas” e “Mediação nas relações das empresas e o Poder Público”.⁷⁴

Dada a singularidade da disciplina empresarial e a sua abrangência em diversos setores da sociedade, mostra-se prudente abordar a formação especializada em, pelo menos, cinco eixos teóricos, quais sejam: (i) mediação e/ou conciliação nas relações de consumo das empresas; (ii) mediação e/ou conciliação no contexto da recuperação empresarial e falência; (iii) mediação e/ou conciliação envolvendo pequenas, médias e grandes empresas; (iv) mediação e/ou conciliação envolvendo direito societário e às corporações; (e) mediação e/ou conciliação nas relações das empresas e o Poder Público.

Uma vez que a atividade empresarial é muito ampla, como descrito em tópico anterior, deve haver uma repartição nos eixos teóricos para melhor capacitação dos profissionais, habilitando-se para conferir tratamento mais adequado para cada tipo de conflito de modo adequadamente competente.

Conclusão

A análise realizada sobre a capacitação específica dos facilitares que atuarão nas mediações e conciliações judiciais de natureza empresarial, que incluí as demandas de falência e recuperação, abordou questões essenciais à ampliação dos mecanismos autocompositivos judiciais inseridos na Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, implementada pela Resolução nº 125/2010, com a edição das Recomendações nº 58/2019 e nº 71/2020, todas emitidas pelo CNJ, bem como pelas alterações normativas realizadas pela Lei nº 14.112/2020.

Foram identificadas as diversas peculiaridades dos conflitos empresariais que justificam um tratamento especializado dessa matéria, demandando uma capacitação e formação específica dos facilitadores, de modo que sejam adequadamente competentes, ou seja, aptos a atuarem nas controvérsias dessa natureza. Isso quer dizer que além da formação básica, realizada nos termos das Diretrizes Curriculares (Anexo I) da Resolução nº 125/2010 do CNJ, a capacitação específica é medida que se impõe.

O prognóstico é positivo, uma vez que os diplomas normativos editados pelo CNJ e os dispositivos inseridos na Lei de Falências e de Recuperação Judicial foram responsáveis por desenvolver mais portas de entrada e de saída, colocadas disposição do

⁷⁴ **CURSO de mediação empresarial capacita profissionais que irão atuar no PERE-COVID19.** [Vitória, ES], 06 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/curso-de-mediacao-empresarial-capacita-profissionais-que-irao-atuar-no-pere-covid19>. Acesso em: 16 abr. 2021.

jurisdicionado, para o tratamento de controvérsias empresariais, compondo o microsistema de tratamento adequado de conflitos dessa natureza.

Desse modo, espera-se que a sua implementação pelos tribunais, a realização de formação específica, apta a habilitar facilitadores a atuarem no tratamento de disputas empresariais, e a adesão dos mecanismos consensuais pelos atores que atuem no âmbito empresarial, em relação às partes e seus advogados, promova avanços da Política Judiciária Resolução instituída pela Resolução nº 125/2010 e da almejada mudança de paradigma, com vista ao desenvolvimento da cooperação e da consensualidade em nosso país.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: André Gomma de Azevedo. (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa e Maggiore Editora, 2003, v. 02, p. 175-199.

BARROSO, Lucas Abreu. O Novo Código Civil brasileiro no momento histórico de sua publicação. In.: BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2012.

BERNAL, Luis Lauro Herrera. Mediación como Alternativa en la Solución de Conflictos en las Empresas Familiares. **Revista de la Facultad de Derecho** [online], n. 45, 2018. p. 185-205. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n45/2301-0665-rfd-45-185.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de processo**, vol. 219. São Paulo: RT, 2013, p. 13-41.

BRANDÃO, Clésia Domingos. **Mediação empresarial**: uma análise de aplicabilidade e efetividade do instituto nos conflitos entre empresas. 2019. 160 f. Dissertação (Mestrado em Justiça, Empresa e Sustentabilidade) - Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo, 2019. p. 136. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2117/2/Cl%C3%a9sia%20Domingos%20Brand%C3%a3o.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 45**. A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as

restrições legais. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/900>. Acesso em 13 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painéis CNJ - Módulo de Produtividade Mensal do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ)**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPPrincipal. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa de percepção dos magistrados, servidores e advogados quanto à especialização de varas por competência e a unificação de cartórios judiciais**. Brasília/DF, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio-de-unificacao-dos-cartorios_2020-08-25_3.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018**. Institui Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2787>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 40, de 27 de fevereiro de 2019**. Inclui incisos XVI e XVII ao art. 2º da Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018, que institui Grupo de Trabalho para contribuir com modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2841>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 74, de 13 de maio de 2019**. Inclui os incisos XVIII a XX ao art. 2º da Portaria nº 162, de 19 de dezembro de 2018, que institui Grupo de Trabalho para contribuir com modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2907>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 58, de 22 de outubro de 2019**. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 71, de 05 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos

de natureza empresarial. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156#:~:text=CONFLITOS%20DE%20INTERESSES-,Art.,%C3%A0%20sua%20natureza%20e%20peculiaridade>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 290, de 13 de agosto de 2019**. Altera a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, para estabelecer critério de aferição da produtividade decorrente da atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2979>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 326, de 26 de junho de 2020**. Dispõe sobre alterações formais nos textos das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/15. In: FILHO, Antonio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. (Org.). **Os juízes e o novo CPC**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 151-166.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. 1. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Permitir que cartórios façam conciliação e mediação é iniciativa bem-vinda. In: **Revista Consultor Jurídico**, 5 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/tricia-navarro-permitir-conciliacao-cartorios-medida-bem-vinda>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. **Revista eletrônica CNJ** [online], v. 4, p. 199-211, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/180/71>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CAMPOS, Adriana Pereira. Conciliações e arbitragens no Brasil do século XIX. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2a.ed.Salvador: Juspodivm, 2018, v. 9, p. 893-907.

CAMPOS, Pedro Henrique. Os efeitos da crise econômica e da operação Lava Jato sobre a indústria da construção pesada no Brasil: falências, desnacionalização e desestruturação produtiva. **Revista Mediações** [online], Vol. 24, No. 1, 2019. pp.127-153. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/35617/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARLOS, Helio Antunes. A atuação da defensoria no tratamento extrajudicial de conflitos de família: estudo de campo realizado na Defensoria Pública do estado do Espírito Santo no Núcleo de Serra/ES. In: **Anais do Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória, 2017. p. 530-544. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>. Acesso em: 30 mar. 2021.

CARLOS, Helio Antunes. **O microsistema de autocomposição**: possibilidade de um sistema mais participativo. Dissertação (mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2019, p. 144. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11324>. Acesso em: 16 abr. 2020.

COSTA, Daniel Carnio. **Reflexões sobre processos de insolvência**: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura*, v. 16, p. 59-77, 2015.

CURSO de mediação empresarial capacita profissionais que irão atuar no PERE-COVID19. [Vitória, ES], 06 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/curso-de-mediacao-empresarial-capacita-profissionais-que-irao-atuar-no-pere-covid19>. Acesso em: 16 abr. 2021.

DE LORENCI, Matheus Belei Silva; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. "Justiça multiportas": a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. In: **Anais do Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória, 2018, p. 533. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em: 16 abr. 2020

DEUSTCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. New Haven (CT) Yale University Press, 1977 – traduzido e parcialmente publicado in.: AZEVEDO, André Gomma de (org.) **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 9, p. 37-66.

FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 42/2014. Jul - Set / 2014. p. 263 - 278.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação de conflitos no âmbito jurídico: o crescimento da mediação empresarial no Brasil. In.: **Cadernos FGV Projetos** [online], n. 26, p. 62-75, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18434>. Acesso em: 16 abr. 2021

GONÇALVES, André Luis Ferreira. Mediação e arbitragem empresarial: alternativas de resolução extrajudicial de conflitos comerciais no Brasil. **Brazilian Journal of Development** [online], Curitiba, v. 5, n. 3, mar. 2019. p. 2505-2521. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/1311/1193>. Acesso em: 16 abr. 2021.

KATZWINKEL, Edgard. A arbitragem como procedimento eficaz para a solução dos conflitos (entre sócios e a sociedade) nas sociedades empresárias. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). **Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 73-104.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O conteúdo normativo dos princípios orientadores da mediação. **Revista Jurídica da FA7** [online], v. 14, p. 101-123, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/497/369>. Acesso em: 16 abr. 2021.

MOREIRA, Aline Simonelli; SANTOS, Danilo Ribeiro Silva dos. A resolução de conflitos empresariais pela utilização dos métodos autocompositivos de resolução de conflito. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio do Passo; SEADLACEK, Frederico; ZANETI JR., Hermes. **Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual**. vol 2. Serra: Editora Milfontes, 2019, p. 21-29.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 9. p. 29-36.

NASSIF, Vânia Maria Jorge; CORREA, Victor Silva; ROSSETTO, Dennys Eduardo. Estão os empreendedores e as pequenas empresas preparadas para as adversidades contextuais? uma reflexão à luz da pandemia do Covid-19. **Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas**, v. 9, p. 1-12, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7608263>. Acesso em: 16 abr. 2021.

NO Brasil, 90% das empresas são familiares. Disponível em: <http://www.sebrae-sc.com.br/newart/default.asp?materia=10410>. [s.d.] Acesso em 13 abr. 2021.)

RITT, Amanda Caroline. **A utilização da mediação no processo de recuperação judicial**. 2018. 69 f. Trabalho de conclusão de curso (Curso de Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/225573363.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SANDER, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. In.: Levin, A Leo; WHELLER, Russell R. **The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future**. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 86-87

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). **Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 17-38.

SILVA, Nathália Maria de Araújo. **O uso da mediação na resolução adequada de disputas empresariais: possibilidades e desafios**. 2019. 137 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) - Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2019. p. 70. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23530?mode=full>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SILVEIRA, Daniel Barile da; SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. A conciliação e a mediação como instrumentos para a realização da função social da empresa. **Revista Juris Unioledo** [online], v. 2, p. 1-20, 2017. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2562>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SOUZA, Luciane Moessa de. Diretrizes éticas, capacitação, credenciamento e supervisão da atuação. In.: SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz, RS: Essere nel Mondo, 2015. Livro digital. p. 115-155. Disponível em:

https://www.academia.edu/22380472/Media%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_novo_paradigma_de_acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a. Acesso em: 30 mar. 2021

TARTUCE, Fernanda; MARCATO, Ana Candida Menezes. Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários. **Revista de Processo**, v. 279, p. 513-527, 2018.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A empresa e o empresário no novo Código Civil. In.: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VALE, Kelly Aparecida; VIAL, René. Mediação extrajudicial de conflitos interempresariais: um instrumento para o exercício da autonomia privada das empresas. **Revista da SJRJ** [online], v. 23, p. 135-153, 2020. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/305>. Acesso em 16 abr. 2021.

VILAS BOAS, Cyntia Aparecida. A atuação do mediador na recuperação judicial. **Revista Direito UTP** [online], v.1, n.1, jul./dez.2020. p. 26-44. Disponível em: <https://revistas.utp.br/index.php/DRT/article/view/2493/2071>. Acesso em: 16 abr. 2021.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo [Coord.]. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 9. 1024p.

Aspectos processuais do direito à revisão judicial do aluguel

Augusto Passamani Bufulin

Doutor e Mestre em Direito Civil (PUC-SP). Professor Adjunto de Direito Civil do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Juiz de Direito (TJ/ES).
contatoapb@protonmail.com

Tiago Aguiar Vilarinho

Mestrando do Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ/ES).
tvilarinho@gmail.com.

Sumário: 1 Introdução. 2 Legitimidade e litisconsórcio Passivo. 3 Procedimento. 4 Tutela provisória, estabilização e revisão. 5 Cumprimento provisório de sentença. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

O direito de requerer judicialmente a revisão do valor locatício, visando ajustá-lo ao valor de mercado, encontra-se insculpido no art. 19 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 – Lei do Inquilinato, com procedimento previsto nos artigos 68 a 70, do mesmo diploma.

Como a Lei do Inquilinato se limitou a estabelecer pontos específicos de especialização do procedimento da ação revisional de aluguel, o Código de Processo Civil atua como fonte subsidiária para suprir as omissões da legislação especial. Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 surgiu a necessidade de uma revisitação ao procedimento da ação revisional de aluguel, de maneira a se estabelecer os pontos de contato entre as legislações processuais geral e especial (CPC/2015 e Lei nº 8.245/91) e lançar premissas interpretativas visando harmonizá-las.

Este breve ensaio objetiva investigar as principais repercussões processuais do direito de revisão judicial do aluguel, e traçar um panorama geral da atual formatação do procedimento da ação revisional de aluguel, tendo em vista as repercussões do CPC/2015 sobre a Lei do Inquilinato, sobretudo no que se refere à extinção do rito sumário do CPC de 1973.

Ademais, faz-se breve incursão acerca da natureza da tutela que fixa o aluguel provisório na ação revisional, com considerações a respeito da aplicação das técnicas de tutela provisória requerida em caráter antecedente e estabilização.

Por fim, investiga-se sobre a possibilidade de cumprimento provisório das diferenças devidas durante a tramitação da ação revisional e a sistematicidade da exigência de trânsito em julgado para tanto.

Procuramos, destarte, analisar os aspectos processuais que julgamos mais relevantes sobre a ação revisional de aluguel, sem, contudo, aprofundarmo-nos a ponto de esgotar as questões debatidas.

2 Legitimidade e litisconsórcio passivo

O art. 19¹ da Lei do Inquilinato confere tanto ao locador quanto ao locatário a possibilidade de exercer judicialmente a pretensão de revisão do aluguel, para ajustá-lo ao valor de mercado, o que se estende, sem necessidade de maiores reflexões, ao sublocador e ao sublocatário, no âmbito da relação sublocatícia.

Tem-se, portanto, que poderão figurar no polo ativo ou no polo passivo da ação revisional de aluguel o locador ou o locatário (ou ainda sublocador e sublocatário), a depender de qual parte da relação jurídica material venha a propor a demanda.

Questão intrigante diz respeito à possibilidade de o locador propor a demanda revisional diretamente em face do sublocatário ou, ainda, incluindo-o em litisconsórcio passivo junto ao locatário-sublocador. A mesma dúvida persiste para a hipótese de propositura da ação pelo sublocatário em face do locador da relação locatícia originária ou em face deste e do locatário-sublocador, em litisconsórcio.

Num primeiro momento, a solução aparenta ser singela e aponta no sentido da ilegitimidade passiva do sublocatário, no primeiro caso, e do locador, na hipótese inversa, posto que, não obstante exista acessoriedade entre os negócios jurídicos de locação e sublocação, não há relação jurídica material direta entre locador e sublocatário. Em outras palavras, nas relações locatícias de locação e sublocação, há liame jurídico direto entre locador e locatário², de um lado e, noutro flanco, entre

¹ Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

² Conforme assevera Luiz Antonio Scavone Junior, “[...] não existe, na sublocação, qualquer relação jurídica entre o sublocatário e o locador original.” SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1993. No mesmo sentido, Tatiana Bonatti Peres esclarece que na sublocação “[...] o locatário-sublocador continua obrigado pelo contrato celebrado com o locador-proprietário, inexistindo a formação de vínculo direto entre esse último e o terceiro-

locatário-sublocador e sublocatário.

Nestes termos, ao locador caberia promover a demanda revisional de aluguel apenas em desfavor do locatário que, a seu turno, teria a opção de demandar o sublocatário para ajustamento do valor fixado no contrato de sublocação. De igual modo, o sublocatário deveria propor ação revisional de aluguel unicamente em face do sublocador (locatário na relação originária), ao qual restaria aberta a via para exercer pretensão revisional autônoma contra o locador.

Há, no entanto, posicionamento jurisprudencial que sustenta a legitimidade *ad causam* do sublocatário para responder, em litisconsórcio passivo integrado pelo sublocador, à ação de revisão de aluguel proposta pelo locador, com fundamento na subsidiariedade prevista no art. 16 da Lei do Inquilinato, o que, nesta linha de inteligência, evidenciaria a existência de excepcional vínculo jurídico entre locador e sublocatário.

Fundamentando a possibilidade de o locador demandar o sublocatário, em litisconsórcio passivo com o locatário, transcreve-se excerto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação:

No caso em comento, conquanto, a princípio, não existisse relação direta entre a autora e a ré-apelada, é descabido falar que a sublocatária não possui qualquer vínculo com locadora, vez que, diante das obrigações que lhe são impostas no artigo 16 da lei 8.245/91, é patente o seu interesse no arbitramento de aluguel em valor razoável, que lhe afeta indiretamente, até porque, no caso em tela, a distribuidora de combustíveis se limitou a fixar o valor de sublocação em montante idêntico ao de locação, voltando seu interesse tão somente para comercialização de seus produtos, sendo óbvio que a redução ora pleiteada não seria acatada no caso de ajuizamento da ação perante tão somente a sublocadora, de modo que não se fala em ilegitimidade ativa, sendo possível se cogitar, no caso em tela, em litisconsórcio passivo [...].³

Sendo assim, de acordo com a posição sustentada no citado acórdão, tendo em vista a responsabilidade subsidiária do sublocatário em caso de inadimplemento do aluguel devido pelo sublocador na relação locatícia principal, eventual majoração do aluguel, a título provisório ou definitivo, em demanda proposta pelo locador, afetaria indiretamente o contrato de sublocação, o que justificaria a inclusão, desde logo, do

sublocatário". PERES, Tatiana Bonatti; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Lei do inquilinato comentada artigo por artigo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 47.

³ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 992.07.057389-0**, rel. Walter Cesar Incontri Exner, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 03/02/2011, DJ 09/02/2011.

sublocatário no polo passivo da revisional.

Também no sentido do reconhecimento da existência de liame jurídico entre locador e sublocatário, Tatiana Bonatti Peres e Luiz Antonio Scavone Junior aduzem que:

Tratando-se de sublocação legítima, não há relação contratual entre o locador (parte do contrato de locação) e o sublocatário (parte do contrato de sublocação, junto com o locatário/sublocador), mas, como toda boa regra, a Lei do Inquilinato previu uma exceção. Trata-se dos casos em que o locatário (sublocador) deixa de pagar os aluguéis devidos ao locador.⁴

No ponto, concordamos que a subsidiariedade legal prevista no art. 16 da lei nº 8.245/91 acarreta a responsabilidade patrimonial do sublocatário pelos alugueres inadimplidos pelo sublocador – o que não se confunde com o vínculo obrigacional ou o débito em si – e, em certa medida, aproxima as relações jurídicas estabelecidas pelos contratos de locação.

No entanto, o argumento não nos convence. É que a responsabilidade patrimonial do sublocatário, por si só, não possui o condão de estabelecer relação jurídica material direta entre este e o locador, a autorizar, por conseguinte, a propositura de ação revisional de aluguel pelo locador em face do sublocatário ou deste em litisconsórcio com o locatário-sublocador.

Por fim, ainda no que se refere à integração do polo passivo nas demandas revisionais propostas pelo locador, há que se analisar a situação do fiador.

De plano, verifica-se que o fiador não é parte na relação locatícia⁵e, portanto, não será litisconsorte passivo necessário nas demandas revisionais propostas pelo locador, assim como em outros procedimentos especiais previstos na Lei de Locações, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

No entanto, em razão da possibilidade de execução das diferenças de aluguel eventualmente devidas durante o curso da ação revisional, nos próprios autos, conforme dispõe o § 2º, do art. 69, da lei nº 8.245/91, reputa-se de bom alvitre a inclusão do fiador no polo passivo da demanda, a fim de que o mesmo integre o título executivo judicial constituído com a sentença e contra ele possa ser redirecionada a execução em

⁴ PERES, Tatiana Bonatti; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Lei do inquilinato comentada artigo por artigo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

⁵ É o que se observa na jurisprudência do STJ, v.g., STJ, REsp 401036/PA, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 03/10/2002, DJ 11/11/2002.

caso de não satisfação do débito por parte do locatário⁶.

Portanto, não sendo o fiador incluído no polo passivo da ação de revisão de aluguel proposta pelo locador, contra ele não será possível a execução das diferenças eventualmente devidas pelo locatário. Este é, inclusive, o teor do enunciado nº 268⁷ da súmula de jurisprudência do STJ que, malgrado tenha sido construído a partir de precedente relacionado à ação de despejo, afigura-se perfeitamente aplicável à hipótese de demanda revisional.

3. Procedimento

O procedimento especial da ação revisional de aluguel se encontra disposto nos artigos 68 a 70 da Lei do Inquilinato, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, naquilo em que for omissa a lei especial⁸.

Decorre da análise do art. 19 da Lei do Inquilinato que a ação revisional de aluguel possui como escopo o ajustamento do locatício ao valor de mercado, desde que haja decorrido o do lapso de três anos de vigência contratual do acordo anteriormente realizado. Referido prazo representa pressuposto específico da ação revisional de aluguel e, de acordo com Luiz Antonio Scavone Junior, o que deve ser levado em conta é o decurso de três anos sem modificação do aluguel, não se considerando, para fins de preenchimento do requisito, os meros reajustes periódicos, conforme índices previstos contratualmente (IPCA, por exemplo)⁹.

Assim como nos demais procedimentos previstos na lei nº 8.245/91, as demandas revisionais de aluguel tramitam durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas. Além disso é competente o foro do lugar da situação do imóvel, salvo se houver foro de eleição previsto contratualmente e o valor da causa corresponderá a doze meses de aluguel¹⁰.

Vale ressaltar, outrossim, que não obstante o art. 58, inciso IV exija previsão contratual

⁶ Neste sentido, Luiz Fux assevera que “pela possibilidade de exigibilidade das diferenças nos próprios autos, inegável é a necessidade de citação do fiador”. FUX, Luiz. Ação revisional de aluguel. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (Coord.). **Livros de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 189-206, v.5.

⁷ Súmula 268 - O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado. (Súmula 268, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135).

⁸ Art. 79. No que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.

⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 2520.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**. vol. 2. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.740-741.

para a realização de intimações e comunicações processuais via correios ou outros meios simplificados, entendemos que tal necessidade resta superada, aplicando-se as disposições dos arts. 246, 270 e 275 do CPC/2015, os quais estabelecem, prioritariamente, a citação pelo correio e a intimação por meio eletrônico ou postal.

Tratando ainda das generalidades das ações revisionais de aluguel, salienta-se que os recursos interpostos contra as sentenças serão recebidos unicamente no efeito devolutivo, situação cujas repercussões práticas serão tratadas com maior especificidade no item 6 do presente ensaio.

Prevê o art. 68 da Lei do Inquilinato que a ação revisional de aluguel seguirá o rito sumário. Todavia, sabe-se que o novo CPC extinguiu a diversificação de ritos prevista no CPC de 1973, adotando-se, como regra, o procedimento comum¹¹. Nada obstante, o § 1º, do art. 1.046, do novo CPC, inserido no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, dispõe que permanecerão aplicáveis as regras relativas ao procedimento sumário, previstas no CPC de 1973, às ações propostas e ainda não sentenciadas até o início de sua vigência.

Desta forma, tem-se que as ações revisionais de aluguel propostas e ainda não sentenciadas até a vigência do CPC/2015 – admitida majoritariamente a partir de 18 de março de 2016¹² – permanecerão a observar o extinto procedimento sumário previsto nos artigos 275 a 281 do CPC de 1973, ao passo que as ações de mesma natureza apresentadas após a vigência do novo diploma processual civil seguirão o procedimento comum, encartado em seu artigo 318 e seguintes.

Com a aplicação do procedimento comum do CPC/2015 às ações de revisão de aluguel, reputamos indispensável a designação de audiência de conciliação ou de mediação, salvo se houver desinteresse manifestado por ambas as partes¹³. Não há razão de ordem lógica para sustentar a não realização da audiência de conciliação ou mediação, até mesmo porque o rito originariamente destinado pelo legislador às ações revisionais (extinto rito sumário) previa a realização de audiência conciliatória.

Há que se ressaltar, porém, que com a sistemática introduzida pelo novo CPC, segundo

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 2969.

¹² Nesta esteira, o Enunciado administrativo n. 1, do STJ: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016.”

¹³ O § 4º, do art. 334, do novo CPC dispõe que a audiência de conciliação ou de mediação não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando a demanda não comportar autocomposição. Sendo assim, considerando que as demandas revisionais de aluguel envolvem questões de ordem patrimonial, naturalmente tais ações comportarão a autocomposição. Por tal razão, somente não haverá a audiência do art. 334 do novo CPC na hipótese de desinteresse por ambas as partes.

a qual o prazo para apresentação da contestação começa a fluir da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição, restará inaplicável a regra do art. 68, inciso IV, da Lei do Inquilinato, que prevê a apresentação da contestação na audiência conciliatória (tal qual previa o extinto procedimento sumário). Convém registrar, ainda, que a contraproposta indicada no art. 68, IV, por possuir natureza reconvenicional, deverá ser apresentada no bojo da contestação¹⁴.

Em síntese, com a roupagem do procedimento comum do novo CPC, a ação revisional de aluguel seguirá o seguinte *iter*: i) proposta a ação, o magistrado analisará o pedido de fixação de aluguel provisório, se existente, e designará a audiência de conciliação ou mediação, conforme art. 334 do CPC/2015, que somente não se realizará em caso de expressa manifestação de desinteresse apresentada por ambas as partes; ii) citado o réu para comparecer à audiência de conciliatória, poderá o mesmo apresentar, até a data da audiência, pedido de revisão do aluguel provisório eventualmente fixado (art. 68, III, lei nº 8.245/91); iii) a partir da realização da audiência de conciliação ou de mediação, iniciar-se-á o prazo para apresentação da contestação, que deverá conter contraproposta, caso o requerido não concorde com o valor apresentado pelo autor (art. 68, IV, lei nº 8.245/91); iv) após decisão de saneamento e organização do processo, o magistrado determinará a realização de perícia, se necessária, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento (art. 68, IV, lei nº 8.245/91 c/c art 357, CPC/2015), e v) realizada a perícia e a audiência de instrução e julgamento, o magistrado proferirá sentença que, dado o caráter dúplice da ação revisional de aluguel, poderá se aproximar mais da pretensão autoral ou da contraproposta oferecida pelo réu.

4 Tutela provisória, estabilização e revisão

Conforme prevê o inciso II, do art. 68, da lei nº 8.245/91, caso haja requerimento do autor, o juiz fixará, com base nos elementos fornecidos, aluguel provisório que, na demanda proposta pelo locador, não poderá superar 80% (oitenta por cento) do pedido e, na ação proposta pelo locatário, será limitado a 80% (oitenta por cento) do aluguel vigente.

A primeira observação digna de nota a respeito do dispositivo em comento diz respeito ao sentido do termo “fixará”, o qual, a princípio, denota a obrigatoriedade de fixação do aluguel provisório, desde que requerido. Com efeito, a exegese mais apropriada para o termo é no sentido de que o magistrado poderá, caso se convença da probabilidade

¹⁴ CPC, art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

do direito, fixar o valor devido a título de aluguel provisório.

O provimento que fixa o aluguel provisório possui caráter incontestável de tutela satisfativa (ainda que parcial, dada a limitação já mencionada). Contudo, há que se perquirir se referida medida possui natureza de tutela de urgência ou de tutela do direito evidente.

Parece-nos mais adequado enquadrar a fixação do aluguel provisório nas demandas revisionais como tutela de evidência, dado que o requisito fundamental para a sua concessão é o convencimento do magistrado acerca da probabilidade do direito, com base nos elementos fornecidos pelo autor, não havendo qualquer indagação a respeito do *periculum in mora*. Não nos aparenta, outrossim, consistir hipótese de urgência presumida¹⁵, tal qual ocorre nos casos em que a Lei do Inquilinato autoriza o despejo liminar.

Enquadrando-se o provimento que fixa o aluguel provisório nas demandas revisionais de aluguel como tutela de evidência, pela sistemática do novo CPC, restaria excluída a hipótese de seu requerimento e concessão em caráter antecedente, tal qual é deferido às tutelas satisfativas de urgência. Entretanto, parte da doutrina vem sustentando posição, com a qual concordamos, acerca da inadequação da limitação da tutela satisfativa requerida em caráter antecedente às tutelas antecipadas de urgência, sendo esta a posição defendida por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, e Daniel Mitidiero:

(...) nosso legislador parece ter optado por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A opção, por óbvio, não merece respaldo. O ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão. Por isso, examinando o regime da tutela antecipada antecedente à luz da garantia fundamental da tempestividade da jurisdição, evidencia-se a necessidade de se interpretar extensivamente o contido no art. 303, do CPC, de modo a abarcar também, por analogia, as tutelas da evidência¹⁶.

Ao se admitir o requerimento e a concessão do aluguel provisório em caráter antecedente, portanto, restaria aberta a via para a estabilização da demanda em caso de não oferecimento da respectiva impugnação.

¹⁵ CARREIRÃO, Bruno de Oliveira; DAL GRANDE, Taiana Valar. A aplicabilidade da tutela de urgência nas ações de despejo: uma análise pela ótica do código de processo civil de 2015. In: **XII CONGRESSO DIREITO UFSC**, 2018, Florianópolis. ANAIS DO XII CONGRESSO DIREITO UFSC - 2018, p. 56.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 224.

É necessário refletir, no entanto, sobre a utilidade da estabilização da tutela para o autor, nesta hipótese, dada a limitação da fixação do aluguel provisório em 80% (oitenta por cento) do pedido. Destarte, ocorrendo a estabilização e extinção do processo, o autor teria satisfeito apenas parcialmente sua pretensão (80% do pedido), diferentemente do que ocorre ordinariamente nas tutelas de caráter satisfativo.

Por tais circunstâncias, entendemos necessária a intimação do autor, em caso de ausência de impugnação do *decisum* que fixou o aluguel provisório requerido em caráter antecedente, a fim de que o mesmo se manifeste acerca do interesse na estabilização. É o que sustenta Luiz Guilherme Marinoni para os casos de antecipação parcial do bem da vida requerido:

É possível pensar, em primeiro lugar, na hipótese em que o juiz concede a tutela antecipada em parte. Estabilizada parcela da tutela antecipada, o processo não pode ser julgado (totalmente) extinto pelo simples fato de que a integralidade da tutela solicitada não foi satisfeita. O autor tem o direito de ver o processo prosseguir para que, aprofundada a cognição, possa o juiz prestar a parcela da tutela que inicialmente não foi deferida. Nesse caso, a falta de reação do demandado, suficiente para a estabilização da tutela, obviamente não basta. Para que o processo não tivesse necessidade de continuar, seria necessária uma posição ativa do réu, ou melhor, o reconhecimento jurídico do pedido.¹⁷

Por fim, analisa-se o momento de apresentação e os efeitos do pedido de revisão da tutela provisória que fixa o aluguel provisório.

De acordo com o inciso III, do art. 68, da Lei do Inquilinato, poderá o réu, sem prejuízo da contestação e até a audiência, requerer seja revisto o aluguel fixado a título provisório, fornecendo elementos que fundamentem a referida pretensão.

Transportando este mecanismo para a sistemática do procedimento comum, tem-se que o pedido de revisão deverá ser apresentado pelo réu até a audiência de conciliação ou de mediação, nada obstante o prazo para oferecimento da contestação comece a fluir apenas após a sessão conciliatória.

A apresentação de pedido de revisão do aluguel provisório, nos termos do inciso V, do art. 68, da lei nº 8.245/91, interrompe o prazo para a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão o fixou.

Antonio Luiz Scavone Junior apresenta interessante construção a respeito da norma

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de Tutela. *Revista de processo*, São Paulo, v. 279, 2018, p. 228.

acima indicada, a qual nos filiamos, no sentido de se tratar de evidente hipótese em que o legislador disse menos do que deveria, na medida em que a apresentação do pedido de revisão acarretaria não somente a interrupção do prazo para a interposição do agravo de instrumento, mas impediria o curso de tal prazo enquanto não proferida decisão acerca do pedido formulado pelo réu¹⁸.

Mencionada conclusão nos parece acertada e decorre da análise da exposição de motivos da lei nº 12.112/2009, que incluiu o inciso V no art. 68 da Lei do Inquilinato, segundo a qual a *ratio legis* do dispositivo estaria relacionada a uma tentativa de descongestionar os Tribunais, a partir da criação de um mecanismo que possibilitasse ao réu impugnar a fixação do aluguel provisório sem precisar se valer, desde já, do recurso de agravo de instrumento.

5 Cumprimento provisório de sentença

Conforme preceitua o art. 69, caput, e § 2º, da Lei de Locações, o aluguel provisório retroage à citação e eventuais diferenças devidas durante o curso da ação revisional serão exigíveis, nos próprios autos, apenas após o trânsito em julgado da sentença que fixar o novo aluguel.

A execução nos próprios autos apresentou-se, à época da publicação da Lei do Inquilinato, como importante mecanismo de prestígio à economia processual e à efetividade do processo, tendo em vista que o CPC de 1973, naquele momento, ainda previa a existência de processo executivo autônomo para a realização do direito insculpido em título executivo judicial.

Lado outro, a exigência do trânsito em julgado para que se iniciasse a execução das diferenças entre o aluguel provisório e o novo aluguel fixado em sentença se mostra, ao nosso sentir, desnecessária e antissistêmica, dadas as previsões contidas nos parágrafos 1º e 2º, do art. 1.012, do novo CPC, que possibilitam o cumprimento provisório de sentença nos casos em que a apelação é recebida apenas no efeito devolutivo.

Como já destacado alhures, por força do art. 58, inciso V, da lei nº 8.245/91, o recurso de apelação interposto contra a sentença proferida na ação revisional de aluguel possuirá unicamente efeito devolutivo. Desta forma, não há razão para se obstar o cumprimento provisório de sentença que, nos termos art. 520, inciso I, do novo CPC, correrá por iniciativa e responsabilidade do exequente, o qual ficará obrigado, se a sentença for reformada, a reparar eventuais danos que o executado tenha sofrido.

¹⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário**: teoria e prática. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 2525.

6 Considerações finais

O direito de revisão judicial do valor do aluguel, visando adequá-lo ao valor de mercado, mesmo após mais de duas décadas de vigência da Lei do Inquilinato, ainda é fonte de reflexões doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo pela necessidade de compatibilização do procedimento previsto na lei nº 8.245/91 com a legislação processual codificada, aplicável subsidiariamente.

Com a vigência do novo CPC, surgiram novas questões a serem investigadas a fim de harmonizar o procedimento da ação revisional de aluguel com as disposições do procedimento comum, dada a extinção do rito sumário previsto no CPC de 1973.

Um dos aspectos processuais relevantes da ação de revisão de aluguel diz respeito às relações locatícias em que há autorização para a sublocação. Nessas hipóteses, como visto, há duas relações jurídicas distintas, as quais poderão ser objeto de ações revisionais autônomas para ajustamento, respectivamente, do aluguel da locação e da sublocação.

Em razão das modificações introduzidas pelo novo diploma processual civil, as ações revisionais seguirão o procedimento comum, com citação do réu não para contestar a ação, mas, para participar da audiência de conciliação ou mediação.

Para quem entenda pela possibilidade de requerimento das tutelas de evidência – a exemplo da decisão que fixa o aluguel provisório na ação revisional – em caráter antecedente, o novo CPC repercutirá na possibilidade de estabilização da tutela provisória e extinção das referidas demandas com a antecipação parcial (oitenta por cento do pedido ou da redução pretendida) da tutela final pretendida.

Por fim, necessário reconhecer que a exigência de trânsito em julgado para o início do cumprimento das sentenças proferidas em ações revisionais de aluguel, mesmo com a apelação possuindo, nestas hipóteses, efeito meramente devolutivo, é medida que não se justifica do ponto de vista da efetividade da tutela jurisdicional e se mostra em desarmonia com o sistema processual civil.

7 Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Revogada pela Lei n. 13.105, de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10.01.2019.

_____. **Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em: 10.01.2019.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10.01.2019.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira; DAL GRANDE, Taiana Valar. A aplicabilidade da tutela de urgência nas ações de despejo: uma análise pela ótica do código de processo civil de 2015. In: **XII CONGRESSO DIREITO UFSC**, 2018, Florianópolis. ANAIS DO XII CONGRESSO DIREITO UFSC - 2018, p. 55-75.

FUX, Luiz. Ação revisional de aluguel. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo

(Coord.). **Livros de Estudos Jurídicos.** Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. **Revista de processo**, São Paulo, v. 279, p. 225-243, mai. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PERES, Tatiana Bonatti; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Lei do inquilinato comentada artigo por artigo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Apelação Cível nº 992.07.057389-0**, rel. Walter Cesar Incontri Exner, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 03/02/2011, DJ 09/02/2011.

SCAVONE JUNIOR., Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais.** vol. 2. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Autocomposição e ferramentas jurídicas

Claudio Madureira

Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES, Graduado em Direito e Economia pela UFES, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado (professorclaudiomadureira@gmail.com).

Carlos André Luís Araújo

Mestrando em Direito Processual pela UFES, graduado em Direito pela FDV, Procurador do Município de Ibirajuba-ES e Advogado (araujo.carlosandreluis@gmail.com).

Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor

Mestranda em Direito Processual pela UFES, Especialista em Direito Tributário (Planejamento Tributário Estratégico) pela PUC-RIO, Graduada em Direito pela UFRJ e Advogada (fernandamr.adv@gmail.com).

1. Apresentação do problema.

A autocomposição é método de resolução de conflitos voltado à contenção da litigiosidade no processo, e encontra, entre nós, farta disciplina normativa, que a situa, como objeto de análise, entre os conteúdos submetidos ao Direito e, portanto, à Ciência Jurídica. Porém, a sua instrumentalização prática também pressupõe utilização de ferramentas metajurídicas, em especial de técnicas negociais.

No ponto, Francisco José Cahali leciona que as metodologias usualmente empregadas para sua implementação no processo resultam do *modelo de Harvard*, do *modelo transformativo* e/ou do *modelo circular-narrativo*¹.

O *modelo de Harvard* “decorre do método utilizado para negociação cooperativa”, no qual “o mediador, enquanto facilitador do diálogo, procura separar as pessoas do problema”, distinguindo “a posição, do interesse das partes”, e “centrando o foco neste

¹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 97-98. No ponto, Cahali observou, tendo em vista essa peculiaridade do conteúdo metajurídico de sua exposição, a sua pretensão de “apenas apontar superficialmente as técnicas disponíveis para o desenvolvimento da mediação, propiciando um primeiro contato com o tema, a ser desenvolvido durante o curso de capacitação com a carga horária sugerida acima” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 97).

último”². Esse modelo de condução das negociações entre as partes estimula “a avaliação objetiva da situação, buscando soluções criativas em benefício mútuo”³.

O *modelo transformativo*, por sua vez, adota como meta “a transformação das pessoas no sentido de conscientização e respeito da posição do outro”, propondo, assim, “uma alteração natural da qualidade das relações interpessoais”⁴. Nele, “o mediador estimula a participação ativa das partes, reconstruindo interpretações que contemplem seus valores, pontos de vista e condutas”, contexto em que “a composição para a ser apenas uma possibilidade, e não o objetivo principal do processo, verificado o modelo no mínimo com proveitosa finalidade pedagógica”⁵.

Já o *modelo circular-narrativo* toma a comunicação como elemento fundamental, na medida em que provoca “nas partes a análise do conflito, identificando as diferentes versões para o mesmo aspecto”⁶. Disso resulta a sua qualificação como *circular*, “no sentido de gravitar em torno de um ponto, porém com olhares distintos”⁷. Nesse âmbito, “cada narração provoca reações e reflexões na outra parte, cujo objetivo é transformar a história conflitiva em uma história colaboratória”⁸. Como valoriza a comunicação, esse modelo pretende “construir uma versão comum para se conferir maiores resultados no processo de mediação”⁹.

O estudo desses modelos negociais, assim como de outras metodologias metajurídicas que possam ser empregadas na obtenção da autocomposição (como, por exemplo, a constelação familiar, que vem sendo empregada com sucesso em questões de Direito de Família) certamente se apresenta como exercício teórico interessantíssimo e libertador. Contudo, estamos convencidos de que também é possível induzir a autocomposição mediante a utilização, pelos atores processuais, do que convencionamos chamar *caixa de ferramentas jurídicas*; composta por elementos estritamente jurídicos, e que têm a potencialidade de constranger as partes a conter a sua litigiosidade no processo, pela via da pacificação de eventuais dúvidas que elas

² CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 97.

³ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 97. Acerca dele, Cahali adverte que, “como não se diferencia conciliação e mediação no sistema norte-americano, e considerando ainda que este modelo aproxima-se da conciliação em nosso sistema jurídico, para alguns doutrinadores, esta técnica não seria aplicável à mediação desenvolvida em nosso sistema” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 97).

⁴ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 97.

⁵ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 97-98.

⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 98.

⁷ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 98.

⁸ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 98.

⁹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, cit., p. 98.

possam ter sobre o ambiente fático que emoldura a contenda e/ou sobre como o Direito deve ser aplicado nos casos concretos.

Por certo, o adequado desenvolvimento dessa nossa proposta teórica demanda a elaboração de obra mais densa, voltada à investigação sobre quais institutos processuais podem ser empregados para induzir a autocomposição no processo, e que comporte, portanto, referência a todos eles, ou, quando menos, à maioria deles. Mas isso não nos impede de descrever, nesta sede, as suas linhas gerais, pela via da sua aplicação a exemplos de ferramentas jurídicas que possibilitam a resolução de conflitos pelo método autocompositivo; inclusive como forma de possibilitar que outros pesquisadores possam participar do seu ulterior desenvolvimento no plano da Ciência; que também pode ser feito por meio da publicação de trabalhos pontuais que procurem induzir a compreensão de que determinados institutos processuais poder ser utilizados, na casuística, para provocar a resolução de conflitos pelo método autocompositivo. Feito esse corte metodológico, *dedicamo-nos*, neste artigo, *a procurar demonstrar*, em vista do modelo de processo concebido pelo CPC-2015 (um processo dialético, marcado pela incidência dos princípios da boa-fé e da colaboração, no qual o litígio somente é admissível enquanto houver dúvida sobre quem tem razão na contenda), *que a produção antecipada de provas* (quando empregada para a resolução das dúvidas das partes sobre a matéria fática) e *o modelo de precedentes* (quando empregado para a resolução das dúvidas das partes sobre a matéria jurídica) *podem conduzir*, como ferramentas jurídicas, à celebração de acordos que ponham fim às contendas.

2. A circunscrição da legitimidade do ato de litigar à persistência de dúvida sobre quem tem razão na contenda.

A fórmula geral empregada nos processos judiciais para a construção de decisões jurídicas que resolvem o mérito das contendas neles encartadas consiste em oportunizar às partes que apresentarem as suas razões (ao autor, para que esclareça porque entende que a sua pretensão é conforme o Direito, ao réu, para que procure conferir juridicidade à sua resistência à pretensão autoral); de modo a que venham aos autos a *tese* (encartada na petição inicial) e a *antítese* (corporificada na defesa); a partir das quais o Poder Judiciário procurará construir uma *síntese*, a ser veiculada na sentença (primeira instância) ou acórdão (segunda instância ou instâncias superiores) que aprecia o litígio¹⁰.

Essa abertura do processo às razões das partes decorre de uma série de garantias constitucionais, em especial dos princípios do devido processo legal, do contraditório e

¹⁰ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75-87, *passim*.

da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV). Porém, *esses princípios também determinam que o que for deduzido pelas partes no processo seja efetivamente considerado no julgamento da causa*, sob pena e risco de a sentença (ou o acórdão) que soluciona o litígio não se apresentar, em concreto, como *síntese* construída pelos julgadores a partir da *tese* e da *antítese*.

Disso resulta que o modelo de processo tradicionalmente empregado no campo da aplicação do Direito é aquele que se inicia com uma petição inicial (*tese*), por meio do qual o Poder Judiciário toma conhecimento da pretensão da parte autora; seguida de uma contestação, que lhe traz as razões pelas quais o requerido se opõe àquela pretensão (*antítese*); que, quando conjugadas, orientam a formação da decisão jurídica que resolve o conflito (*síntese*).

Mas será que as coisas sempre se passam desse modo? Será mesmo que em todos os processos verifica-se, do início ao fim, a contraposição de posições entre autor e réu? Há algum sentido em afirmar que as contendas precisam, sempre, ser resolvidas mediante a prolação de decisões do Poder Judiciário?

A resposta a esses questionamentos (a todos eles) deve ser negativa. É que o processo civil não é, nem nunca foi, espaço adequado para a resistência imotivada a pretensões jurídicas fundadas no Direito. Basta ver que o CPC-1973, no inciso II do seu artigo 14, já elencava entre os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo o dever de atuar com lealdade e boa-fé¹¹. Disposições semelhantes são encontradas no artigo 5º do código de 2015, que dispõe, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

A lei processual vigente também enuncia, em especificação do conteúdo desse princípio, os deveres processuais de não distorcer os fatos subjacentes à contenda e de não litigar contrariamente ao Direito. O primeiro desses deveres processuais encontra-se positivado no inciso I do seu artigo 77, que estabelece que os atores processuais devem “expor os fatos em juízo conforme a verdade”. O outro, resulta do texto do inciso II do mesmo dispositivo, que impõe a eles “não formular pretensão” ou “apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento”.

Por um e outro motivo, e porque as contendas jurídicas em geral são resolvidas pela investigação, no curso do processo, sobre se o ordenamento jurídico confere razão a um ou outro litigante, *é impensável, sob o ponto de vista teórico, que autores formulem pretensões fundadas em fatos que sabem que não ocorreram e/ou em afirmações que sabem contrárias ao Direito* ou, ainda, *que réus resistam a pretensões que reconhecem ser*

¹¹ CPC-1973. “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001): [...] II - proceder com lealdade e boa-fé”.

fundadas na conjugação do ambiente fático a regras e princípios extraídos das leis e da Constituição.

No ponto, devemos expressar, em novo corte metodológico, que *o discurso científico não se ocupa das patologias*. Com efeito, o objeto de análise da Ciência Jurídica são normas que compõem o ordenamento (Direito), que em geral são editadas pelo Parlamento¹². Quando as analisam, os juristas (professores e autores jurídicos) procuram descrever o Direito, criando um sistema¹³. Este é um trabalho científico; ao menos nossa intenção, ao concebê-lo, foi desenvolvê-lo numa perspectiva teórico-científica. Posto isso, devemos nos ater, por imperativo lógico, à descrição do Direito tal como positivado pelas autoridades competentes. Destarte, se o Direito estabelece que as partes devem agir com boa-fé no curso do processo (CPC-2015, art. 5º), que não podem distorcer os fatos subjacentes à contenda (CPC-2015, art. 77, I) e que não estão autorizados a litigar contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 77, II), não é adequado supor, no plano da Ciência, que elas virão a descumprir essa imposição legislativa. O máximo que se pode fazer, nesse campo, é apontar as sanções impostas pelo ordenamento àqueles que não atuarem com boa-fé (CPC-2015, art. 5º), inclusive quando distorcem os fatos subjacentes à contenda (CPC-2015, art. 77, I) e/ou litigam contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 77, II). Assim, o eventual descumprimento pelos litigantes desses deveres processuais deve ser combatido pela via da aplicação das multas que o legislador atribuiu à litigância de má-fé¹⁴ e pela condenação dos recalcitrantes ao pagamento de indenização por perdas e danos¹⁵. Disso resulta que, abstraída a patologia (que - reiteramos - não pode ser invocada, cientificamente, para modificar a compreensão do objeto de análise do jurista, na medida em que suscita, quando muito, a incidência das sanções previstas no ordenamento), a divergência que se estabelece entre as partes fundamenta-se (ou pelo menos deveria se fundamentar) em dúvida fundada sobre o ambiente fático que emoldura a contenda (esclarecimento

¹² Muito embora também afirmem essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.

¹³ A propósito, cf., por todos: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199-204, passim.

¹⁴ De que tratam, nos termos seguintes, os incisos I, II e III do artigo 17 do código de 1973 ("Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980): I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980); II - alterar a verdade dos fatos (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980); III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)") e os incisos I, II e III do artigo 80 do código de 2015 ("Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal").

¹⁵ Como orienta o artigo 79 do código de 2015, que resta vazado nos seguintes termos: "Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litiga de má-fé como autor, réu ou interveniente".

da matéria fática) e/ou como o Direito deve ser aplicado aos casos concretos (esclarecimento da matéria jurídica).

Ao ensejo, recobramos a observação de Chaïm Perelman, quando expressou, reportando-se à temática realização da justiça, que a “cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa”, de maneira que “se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade, pois cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa”¹⁶. Porém, adverte o filósofo, “essa situação paradoxal não deve incentivar-nos a concluir imediatamente que, em todos os conflitos, pelo menos um dos adversários age de má-fé”¹⁷. Para Perelman, “outra explicação é não só possível, mas também a mais verossímil, a saber: os campos opostos não têm a mesma concepção de justiça”¹⁸. Assim, mesmo considerando que “a justiça é um valor universal, ou seja, universalmente admitido”, Perelman assinala que essa “é também uma noção confusa”¹⁹.

Como a justiça, o Direito de nosso tempo é também uma noção confusa. Em primeiro lugar porque é aplicado com o propósito de realizar a justiça²⁰. Em segundo lugar porque, ainda que não se pudesse admitir que o processo é instrumento voltado a aplicar o Direito com justiça²¹, poucos ousariam refutar a constatação de que, nos dias

¹⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 146.

¹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 146.

¹⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 146.

¹⁹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 146.

²⁰ Ao ensejo, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

²¹ Como defendem, cada qual a seu modo, instrumentalistas (a propósito, cf., por todos: [DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996], [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006], [BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016], [BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007]) e formalistas-valorativos (ao ensejo, cf., a título de exemplo: [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009], [OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2], [MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015], [ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007], [ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. *Revista de Direitos Difusos*, Ano XI, v. 53, p. 13-32, março de 2011], [ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direito material e direito processual: relações e perspectivas. *Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito*

de hoje, o Direito aplicado aos casos concretos resulta da atividade cognitiva dos intérpretes, que se funda em construções jurídicas embasadas no direito positivo mas adequadamente temperadas no campo da sua aplicação, vez que, muito embora parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos litígios, também abarca a interpretação desses textos normativos. Essa atividade cognitiva pressupõe a investigação do real sentido das palavras expressadas nos textos legislativos, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual (ou sistemática) do ordenamento, por meio da qual os intérpretes/aplicadores (com destaque para a atuação dos membros do Poder Judiciário) procuram descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir da sua referência ao direito positivo quando considerado em sua integridade. Também lhes compete investigar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir na hipótese dos autos, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador²². Esses elementos remetem ao que em doutrina²³ se convencionou chamar caráter flexível, ou problemático, da aplicação do Direito de nosso tempo²⁴.

O que com isso queremos dizer é que, em concreto, as partes podem ter dúvidas sobre quem tem razão na contenda, seja porque não enxergam com a necessária clareza os fatos que lhe são subjacentes (dúvida quanto à matéria fática), seja porque divergem sobre como o direito positivo deve ser interpretado (dúvida quanto à matéria jurídica).

Constitucional, 2004] e [MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 272, p. 85-125, 2017).

²² Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, cit., p. 117-206/passim.

²³ A propósito, cf., por todos: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 58-64 e p.124-129.

²⁴ O Direito de nosso tempo tornou-se mais flexível, ou talvez mais "suave", como sugere Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992), precisamente porque, em concreto, conforme variam os intérpretes, da interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema. Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau, "dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36). Grau observa, quanto a esse pormenor, que "não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven", aduzindo, ao ensejo, que "a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim", e que "não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 36). Com essas considerações, esse professor paulista rejeita "a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 36).

Porém, uma vez afastadas, no curso do processo, eventuais dúvidas que as partes possam ter sobre a configuração do conflito, a preservação do litígio vai de encontro ao princípio da boa-fé (CPC-2015, art. 5º) e aos deveres processuais de não distorcer os fatos subjacentes à contenda (CPC-2015, art. 77, I) e de não litigar contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 77, II). Disso resulta a circunscrição da legitimidade do ato de litigar à persistência de dúvida sobre quem tem razão na contenda.

3. Prenunciando a construção de uma caixa de ferramentas jurídicas

A constatação de que os litígios se fundam (pondo de lado a patologia) em simples dissenção das partes sobre a matéria fática e/ou sobre como o Direito deve ser aplicado nos casos concretos (matéria jurídica) indicia que, sanadas dúvidas que tenham quanto a um e outro aspecto da contenda, elas podem vir a se reconciliar no curso do processo, com vistas à sua resolução do conflito pelo método autocompositivo. Essa expectativa pode se concretizar, na casuística, nas hipóteses em que a contenda for ancorada em divergência sobre os fatos que subjacentes à contenda, pela utilização (por exemplo) o instituto da antecipação de provas pelos atores processuais, e de igual modo pode ser realizar, nos casos em que a dissenção recair sobre como o direito positivo deve ser interpretado, pela utilização (por exemplo) do modelo de precedentes.

3.1. A antecipação de provas como ferramenta jurídica voltada à obtenção da autocomposição no processo.

O instituto da antecipação de provas encontra previsão, entre nós, no artigo 381 do CPC-2015, que enuncia que “a produção antecipada da prova será admitida” (entre outras hipóteses) quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (inciso II) e quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (inciso III).

Há, no ponto, relevante inovação em relação ao regime normativo do CPC-1973²⁵, que condicionava a antecipação de provas ao requisito da urgência²⁶, visto que se tornou

²⁵ CPC-1973. “Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - *se tiver de ausentar-se*; II - *se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.* [...] Art. 849. *Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial*” (destaques pessoais).

²⁶ Cf. GUIMARÃES, Felipe de Castro. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009, p. 123.

viável, no regime processual vigente, a produção antecipada mesmo quando inexistente o receio dos fatos se tornarem impossível ou de difícil verificação. Concebeu-se, portanto, ação probatória autônoma, por meio da qual foi conferido aos contendores produzir provas mesmo antes do processo de conhecimento e sem a necessidade de comprovação do perigo da demora, cujo fundamento situa-se, conforme Flávio Luiz Yarshell, no próprio direito de ação, previsto no inciso XXXV artigo 5º da Constituição da República, porque o interessado dela pode se utilizar independentemente da provocação (anterior ou ulterior) de uma manifestação do Poder Judiciário sobre a incidência do direito positivo e/ou sobre a configuração de direitos subjetivos²⁷.

Mas há mais. *Esse direito autônomo de ação*, mencionado por Yarshell, *ancora-se*, nos precisos termos da lei, *na tão só possibilidade de o acerto prévio sobre os fatos que emolduram a contenda ter a potencialidade de induzir, em concreto, a prevenção de demandas judiciais (CPC-2015, art. 381, III) ou a resolução, mediante autocomposição, de contendas já submetidas ao Poder Judiciário (CPC-2015, art. 381, II)*. Destarte, *o próprio legislador a estruturou*, revigorando o instituto jurídico delineado pelo código revogado, *como ferramenta jurídica voltada a induzir a contenção da litigiosidade das partes processuais, inclusive para efeito de que se possa obter, no curso processual, a resolução do conflito pelo método autocompositivo*.

Não há dúvidas sobre persistir aplicável, no regime do CPC-2015, a fórmula geral segundo a qual a decisão jurídica que soluciona o litígio se apresenta (ou pelo menos deveria se apresentar) como a *síntese* do que foi deduzido pelas partes na petição inicial (*tese*) e na contestação (*antítese*). No entanto, o seu modelo de processo não pressupõe (pelo menos, não necessariamente) a veiculação de defesa pela parte requerida (algo que, no regime do CPC-1973 precisaria ser justificado por referência do intérprete ao princípio da instrumentalidade das formas²⁸). Afinal, em seu corpo, o litígio pode vir a

²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Artigo 381. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMANI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1026-1044.

²⁸ Quanto ao particular, reporto-me ao esforço de argumentação que fiz, em trabalho anterior, editado ainda na vigência do código pretérito, para justificar a validade jurídica da sentença de improcedência liminar: “[...] identificamos como padrão adequado a conformar a flexibilização do formalismo processual a verificação casuística da existência (ou não) de prejuízo ao exercício dos direitos fundamentais processuais. Recobramos, ao ensejo, que nem todo vício é capaz de preordenar a nulidade do processo, ou de qualquer dos seus atos, noção que se fundamenta na constatação inevitável de que o direito processual há muito assumiu como premissa a instrumentalidade das formas, princípio que, nas palavras de Enrico Tullio Liebman, subordina a invalidade de um ato processual não à simples inobservância da forma, mecanicamente constatada, mas à relação, apreciada por caso, entre o vício e a finalidade do ato (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 328). [...] exemplo contundente, também relacionado à incidência do direito fundamental ao contraditório, pode ser extraído do novel artigo 285-A do Código de Processo Civil (que tem redação dada pela Lei nº 11.277/2006), dispositivo que autoriza, entre nós, a prolação de sentenças liminares, isto é, exaradas sem a oitiva da parte passiva. Se tomássemos ao ‘pé da letra’ a ilação de que

ser solucionado sem a prolação de decisão do Poder Judiciário sobre quem tem razão na contenda (como já acontecia no regime do CPC-1973) e, mais do que isso, sem que seja oportunizada à parte requerida a apresentação de defesa (o que não ocorria no regime pretérito, que seguia a ordem de atos processuais estabelecida pelo modelo tradicional de processo: *tese*, *antítese* e *síntese*). E tal se dá porque, no desenho geral atualmente adotado pela lei processual²⁹, o processo se inicia com uma petição inicial (*tese*), por meio do qual o Poder Judiciário toma conhecimento da pretensão da parte autora; seguida da audiência de conciliação/mediação (art. 334³⁰), que apenas não se realizará se não for possível a autocomposição (art. 334, p. 4º, II³¹) ou se ambas as partes assim o requererem (art. 319, VII³² c/c art. 334, p. 4º, I³³ e p. 5º³⁴); contexto em que as partes poderão se reconciliar (autocomposição) - hipótese em que o processo será

o contraditório, enquanto aspecto do *'due process of law'*, impõe-se como limite absoluto à flexibilização do formalismo processual, não teríamos como sustentar a validade jurídico-constitucional do dispositivo processual em análise. Nada obstante, não identificamos nesse preceito de lei mácula à cláusula do devido processo, pelo menos quando o analisamos sob a ótica do instrumentalismo. É que, com efeito, a sentença liminar cogitada é de improcedência, de sorte que a particularidade de a causa ser julgada 'liminarmente' não causa prejuízos aos litigantes: não há prejuízo ao réu, pois a sentença de improcedência liminar lhe é favorável; igualmente não há que se cogitar de prejuízo do autor, ainda que seja ele a parte sucumbente, pois não faz sentido esperar-se que o seu sucesso no litígio pudesse ser obtido a partir da juntada aos autos da defesa apresentada pela parte adversária. [...] Sob tal perspectiva, mesmo a supressão da defesa (ou, quando menos, o diferimento da sua apresentação) não necessariamente compromete a higidez do processo, que poderá realizar o direito substancial (ou aspectos específicos desse direito) *'ad initio'*, desde que, evidentemente, não haja prejuízos aos litigantes. Atendido esse reclame, a desejada flexibilização do formalismo processual, fundada no direito fundamental do cidadão ao amplo acesso à justiça, mostrar-se-á consentânea com o princípio do devido processo legal (MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 50-53).

²⁹ Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 97-107.

³⁰ CPC-2015. "Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência".

³¹ CPC-2015. "Art. 334 [...] § 4º A audiência não será realizada: II - quando não se admitir a autocomposição".

³² CPC-2015. "Art. 319. A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação".

³³ CPC-2015. "Art. 334 [...] § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual".

³⁴ CPC-2015. "Art. 334 [...] § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência".

encerrado por sentença homologatória do acordo firmado (art. 334, p. 11³⁵ c/c art. 487, III, b³⁶) - ou, então, não se reconciliar.

Essa opção político-legislativa possibilita que o réu se apresente à audiência mais desarmado do que estaria se já tivesse construído a sua peça de defesa. Afinal, nos precisos termos da lei processual, somente quando não se realizar a audiência de conciliação/mediação³⁷, ou quando não se obter, no curso da audiência, a autocomposição entre as partes, é que se iniciaria a contagem do prazo para apresentação da defesa; que deve ser ofertada em até quinze dias do protocolo da petição que solicitar o cancelamento do ato solene (art. 335, II³⁸), da audiência de conciliação/mediação ou da última sessão de conciliação, quando qualquer das partes não comparecer à audiência, ou quando, comparecendo todos os litigantes, não houver autocomposição (art. 335, I³⁹)⁴⁰.

Todavia, o convencimento das partes sobre ser viável (ou inviável) a resolução de conflitos pelo método autocompositivo pode não surgir nesse primeiro momento processual. Imaginemos, a título de exemplo, que a resistência do réu à pretensão autoral esteja fundada em fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC-2015, art. 350⁴¹), e que a prova desse elemento fático não possa ser feita por documentos (prova documental). Nessa situação, a produção antecipada de provas tem a potencialidade de induzir, em concreto, ao arrefecimento no ânimo do autor, abrindo espaço para a resolução consensual do conflito.

Dela também pode resultar a quantificação do proveito econômico esperado com a causa, o que pode ser decisivo para a celebração de um acordo. Ao ensejo, Daniel Amorim Assumpção Neves observa que perícia contábil realizada por meio de ação

³⁵ CPC-2015. "Art. 334 [...] § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença".

³⁶ CPC-2015. "Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] III - homologar: [...] b) a transação".

³⁷ Quer porque ambas partes assim o requereram (art. 334, p. 4º, I), quer porque se verificou previamente não ser viável a autocomposição (art. 334, p. 4º, II).

³⁸ CPC-2015. "Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: [...] II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I".

³⁹ CPC-2015. "Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição".

⁴⁰ Cf. MADUREIRA, Claudio. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação em processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 169-214.

⁴¹ CPC-2015. "Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova".

probatória autônoma, porque tem a funcionalidade de indicar às partes, com relativa precisão, os fatos ocorridos e o valor efetivamente devido na controvérsia, pode orientar a resolução consensual do litígio⁴².

Suponhamos, então, que essa perícia mencionada por Neves, e/ou a produção de qualquer outro meio de prova necessário ao esclarecimento da matéria fática, fossem realizadas no curso da audiência de conciliação e mediação (portanto, não necessariamente no contexto e ação prévia e autônoma, mas, sim, incidentalmente ao processo de conhecimento⁴³), e que elas possam ter lugar mesmo quando não forem objeto de requerimento das partes (portanto, mediante produção de ofício pelo juiz⁴⁴). Teríamos, na espécie, seja quando a antecipação de prova traz definição sobre a existência (ou inexistência) de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito subjetivo deduzido em juízo, seja quando permite a quantificação do proveito econômico da causa, o efetivo esclarecimento das partes sobre quais são, efetivamente, os seus direitos e os direitos de seu adversário⁴⁵; o que orienta (ou, quando menos, tem a potencialidade de orientar) o afastamento (ainda antes da apresentação de defesa no processo) de eventuais dúvidas que elas possam ter sobre a

⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 435. Nesse mesmo sentido, cf.: CURY, Cesar Felipe. *Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro*. *Revista Fonamec*, v.1, n. 1, p. 111-131, maio 2017.

⁴³ Sobre ser viável a produção incidental da prova antecipada, cf., a título de exemplo: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 142. Nesse mesmo sentido se posicionou a Segunda Câmara Cível TJES quando admitiu a propositura da “ação autônoma de produção antecipada de prova” mesmo quando há processo discutindo o mérito em andamento, assegurando que nesses casos não haveria nem que se falar em litispendência (TJES, Segunda Câmara Cível, AI nº 038199000423, Rel. des. Fernando Estevam Bravin Ruy. Julgamento em 27/08/2019, publicado 30/08/2019). Em sentido contrário se manifesta Eduardo Talamini, que, todavia, apenas refuta essa possibilidade porque considera que, se o processo já estiver em curso, há previsão própria para o juiz alterar a ordem da produção dos meios de prova, extraída do inciso VI do artigo 139 do CPC-2015 (TALAMINI, Eduardo. Artigo 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 589). Portanto, mesmo nessa perspectiva, seria viável a antecipação da prova, embora não sob a forma prevista pelo artigo 381 da lei processual. Destacamos, por fim, o teor da Recomendação Conjunta do CNJ/AGU/MTPS nº 01/2015, que orientam aos juízes recomenda aos juízes que determinem a produção de prova pericial já no momento do despacho inicial proferido em ações judiciais que visem à concessão de benefícios previdenciários cuja concessão dependa de perícia médica.

⁴⁴ Sobre ser viável que a atividade probatória seja determinada de ofício pelos juízes, cf. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 456-457), (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.79-90) e (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4º ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 227). Em sentido contrário, cf. SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n. 96, p. 49-78, out./dez. 2016.

⁴⁵ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 435.

matéria fática⁴⁶. Por isso a sua realização no processo torna ilegítima (pelos razões dantes expostas) eventual iniciativa da parte desfavorecida pelo acerto probatório por prosseguir litigando quando o dissídio instaurado estiver ancorado exclusivamente em divergência sobre a matéria fática⁴⁷; o que confere ao instituto a conotação de ferramenta jurídica voltada a induzir a resolução de conflitos pelo método autocompositivo.

3.2. O modelo de precedentes como ferramenta jurídica voltada à obtenção da autocomposição no processo.

Se, todavia, o móvel da contenda instaurada for a configuração de dúvida sobre como o direito positivo deve ser aplicado no caso concreto, a pacificação do conflito pode ser obtida (por exemplo) com aporte no Modelo Brasileiro de Precedentes. Em especial depois da edição do CPC-2015.

É que a lei processual vigente confere singular importância aos precedentes judiciais⁴⁸. Em seu artigo 926 prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Na sequência, estabelece, no seu artigo 927, que os julgadores devem observar, quando exararem suas decisões/sentenças/acórdãos, as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade e as suas súmulas vinculantes, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos, as súmulas (“não vinculantes”) do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e a orientação do Plenário ou Órgão Especial aos quais estiverem vinculados. Disso resulta a vinculação dos julgadores aos precedentes judiciais. Tamanha foi a importância conferida pelo legislador a esse dado do modelo de processo concebido pelo código de 2015, que o inciso VI do parágrafo 1º do seu artigo 489 assenta que é desprovida de regular fundamentação a decisão/sentença/acórdão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

⁴⁶ No particular, Yarshell registra que “quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou de transigir” (YARSHELL, Flávio Luiz. Artigo 381, cit., p. 1026 -1044).

⁴⁷ No ponto, recobramos a advertência de Luiz Rodrigues Wanbier e Eduardo Talamini no sentido de que “se alguém, já litigando, se convence da razão de outrem por causa da prova produzida, cumpre-lhe dar fim ao litígio espontaneamente” (WANBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103).

⁴⁸ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 124-177, *passim*.

Esses dispositivos conduziram à construção, no plano da Ciência, da *Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*, encartada na obra “O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes”⁴⁹, que encarta versão comercial da Tese de Doutorado desenvolvida por Hermes Zaneti Júnior sob orientação de Luigi Ferrajoli e apresentada com sucesso à *Università di Roma*⁵⁰. Quando discorre sobre o Modelo Brasileiro de Precedentes, Zaneti dispõe tratar-se de “um modelo de corte suprema, cortes de vértice, que tem a função de dar estabilidade interpretativa ao Direito”, num contexto em que “estas cortes são, antes de tudo, vinculadas aos próprios precedentes, para somente depois vincularem os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores”⁵¹.

Nisso reside a distinção, proposta por Zaneti, entre a *vinculação horizontal* e a *vinculação vertical* dos precedentes⁵². A *vinculação horizontal* se relaciona à imposição jurídico-normativa a que os Tribunais uniformizem a sua jurisprudência e que a mantenham estável (expressada no *caput* do artigo 926 do CPC-2015), que “significa dizer que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação”⁵³, atingindo, portanto, “o próprio tribunal que estabeleceu o precedente”⁵⁴. A *vinculação vertical*, por sua vez, “atinge os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados”⁵⁵, e se encontra positivada no artigo 927 da lei processual. Comentando esse último dispositivo, Zaneti observa que o legislador processual estabeleceu “uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras”, conferindo vinculatividade plena às decisões proferidas pelo STF em matéria constitucional e àquelas prolatadas pelo STJ em matéria infraconstitucional⁵⁶, que precisam ser respeitadas por todos os juízes e tribunais, e concebeu, ainda, uma vinculatividade mais restrita às decisões dos Tribunais de Segunda Instância, esclarecendo, quanto ao particular, que os juízes e tribunais somente estarão obrigados a observar a orientação do plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados⁵⁷.

⁴⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁵⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit.

⁵¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 21.

⁵² Sobre a argumentação de que segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro*, cit., 159-162, *passim*.

⁵³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 353-354.

⁵⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 354.

⁵⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 354.

⁵⁶ Assim como os demais Tribunais de Cúpula em suas respectivas áreas de atuação.

⁵⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 354. Essa distinção entre os níveis de vinculatividade entre as decisões proferidas pelos Tribunais de Cúpula e pelas Cortes de Apelação também é depreendida no Direito norte-americano; conforme expressa Zaneti nesta outra passagem

Há, todavia, no Direito Brasileiro, outros pronunciamentos jurisdicionais que precisam ser observados pelos julgadores⁵⁸. Com efeito, os Tribunais de Cúpula podem manter turmas/câmaras/sessões especializadas para julgamento de matérias específicas (direito administrativo, direito previdenciário, etc.), que culminam por enfrentar questões constitucionais e de direito nacional que muitas vezes não chegam a ser conduzidas aos seus plenários/órgãos especiais. Esses pronunciamentos jurisdicionais, na medida em que não se encontram referidos no artigo 927 do CPC-2015, não integram o que Zaneti convencionou chamar de *precedentes normativos formalmente vinculantes* (inclusive na vertente, também destacada pelo processualista, dos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*); mas podem ser incorporados ao conceito de precedentes sob a forma *precedentes normativos vinculantes* (terceiro elemento da classificação proposta por Zaneti para os precedentes)⁵⁹.

doutrinária: “[...] É importante perceber que todas as decisões nos Estados Unidos da América do Norte formam precedentes vinculantes apenas para os tribunais e juízes vinculados hierarquicamente sob a mesma jurisdição, ou seja, juízes e tribunais da mesma estrutura judicial. Por exemplo, nos Estados Unidos, as decisões do *Fifth Circuit of Appeals* são válidas como precedentes apenas nos Estados dentro da jurisdição territorial da corte (Texas, Louisiana e Mississippi). Da mesma forma, as decisões da Corte Suprema da Flórida são precedentes apenas para os casos decididos pelas cortes da Flórida. Por outro lado, as decisões da Suprema Corte do Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*) são precedentes para todas as cortes americanas” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 314).

⁵⁸ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 162-172.

⁵⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 21. Os *precedentes normativos formalmente vinculantes* e os *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* são aqueles extraídos do pronunciamentos jurisdicionais-tipo elencados pelo artigo 927 da lei processual. Em ambos “a vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei”, que “reforça a presunção a favor dos precedentes através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical)” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 325-326). A diferença entre eles é que os primeiros (*precedentes normativos formalmente vinculantes*) “possibilitam a impugnação por via recursal das decisões que não seguirem o precedente, com base na não observância” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 21), enquanto que os outros (*precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*) “possibilitam a impugnação por via recursal (via ordinária)” e também “por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária)” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 326), por exemplo, por meio da apresentação de reclamação por descumprimento de súmula vinculante (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 354-355). Conforme Zaneti, “no Brasil, atualmente as decisões fortemente vinculantes são as cristalizadas em súmulas vinculantes e as decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 317) (*precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*), enquanto que os demais pronunciamentos-tipo referidos no artigo 927 do código (decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, decisões exaradas por esses Tribunais de Cúpula no contexto do julgamento de recursos repetitivos, súmulas não vinculantes por eles editadas e decisões adotadas por seu plenário/órgão especial) formam *precedentes normativos formalmente vinculantes* (cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 162-168). Contudo, esses não são os únicos precedentes adotados pelo Direito Brasileiro. Há, ainda, a terceira via destacada na classificação

De igual modo vinculam a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores a jurisprudência (inclusive aquela reproduzida em súmulas) invocada pelas partes no curso do processo. É que o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC-2015⁶⁰ estabelece, textualmente, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” (art. 489, p. 1º) que deixar de seguir (não apenas precedentes, mas também) enunciado de súmula e jurisprudência “invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, p. 1º, VI)⁶¹. E não prospera, ao ensejo, a suposição de que o legislador, quando empregou, no texto do código, a frase “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado”, quis referir tão somente aos precedentes extraídos dos pronunciamentos jurisdicionais elencados em seu artigo 927, ou, quando menos, que estaria se reportando a eles e aos precedentes mencionados no tópico anterior, em que abordamos os precedentes normativos vinculantes (embora não formalmente vinculantes) que resultam de decisões uniformizadoras proferidas por turmas/câmaras/sessões especializadas. Em primeiro lugar porque a confirmação dessa interpretação jurídica pressupõe que se admita que, em Direito, a lei contém (ou que poderia conter) palavras inúteis⁶², suposição amplamente rejeitada pela tradição jurídica. Em segundo lugar porque também

de Zaneti, que comporta os chamados *precedentes normativos vinculantes*, cuja vinculatividade não resulta de taxativa imposição normativa, mas da circunstância de o ordenamento jurídico reconhecer “o papel de cortes supremas às cortes de vértice” e de levar “a sério os seus tribunais e suas decisões”, o que configura “uma ‘presunção a favor do precedente’, de cunho normativo, muito embora não conte com uma previsão formal (legal) de vinculatividade expressa e explícita dos textos legais” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 325). Também esses *precedentes normativos* (não formalmente) *vinculantes* (que podemos chamar, por efeito didático, *precedentes vinculantes sem previsão legal*) devem ser observados pelos julgadores quando proferem suas decisões, sentenças e acórdãos. Afinal, é “sinal de maturidade jurídica o ordenamento levar em consideração os precedentes de outras cortes em casos análogos” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 324).

⁶⁰ Mencionado no tópico anterior com o propósito de justificar a vinculatividade de decisões uniformizadoras proferidas por turmas/câmaras/seções especializadas de tribunais, e que designamos, em vista da classificação proposta por Zaneti, como precedentes normativos vinculantes, embora não formalmente vinculantes.

⁶¹ A propósito, cf.: CUNHA, Gabriel Sardenberg. Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes: obrigatoriedade racional e obrigatoriedade formal na lei processual. *Dissertação de Mestrado*. PPGDIR-UFES, 2020. Disponível na internet: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_14402_Disserta%E7%E3o%20Final_GABRIEL%20SARDEMBERG.pdf>; acesso em 27/07/2020.

⁶² *Como se a opção do legislador por impor aos julgadores que sigam enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente* invocado pelas partes sempre que não lograrem demonstrar a configuração de distinção ou superação nos casos concretos *significasse*, na prática, *que apenas os precedentes invocados mereceriam semelhante acatamento*; sobretudo quando se tem em vista que se o legislador tivesse efetivamente desejado que apenas os precedentes invocados precisassem ser observados no curso do processo bastaria que ele somente tivesse empregado, no dispositivo, o signo *precedente*, deixando de fora do texto legal a referência feita aos signos *enunciado de súmula* e *jurisprudência*.

desmente essa ilação a própria inclusão, no texto normativo, da preposição “ou”, que por si só indica que o legislador considerou abarcados pela regra formulada cada um dos três tipos de pronunciamentos mencionados (enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente), e não apenas um deles (precedente). Em terceiro lugar porque a adstrição de juízes e tribunais aos precedentes (que Zaneti convencionou chamar *eficácia vertical*) já resulta do texto do artigo 927 da lei processual, que projeta a obrigatoriedade que têm os julgadores de, independentemente da sua invocação nas manifestações processuais, observá-los em suas decisões/sentenças/acórdãos. Disso se verifica que o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015 enuncia, (i) quanto aos precedentes, tão somente a possibilidade do afastamento da sua obrigatoriedade (imposta pelo artigo 927 do código de 2015) quando o julgador puder demonstrar a configuração de distinção ou superação, prevendo, (ii) quanto aos enunciados de súmula e a jurisprudência invocados pelas partes⁶³, que esses pronunciamentos (ii.1) precisam observados pelos julgadores⁶⁴ e que, como os precedentes, (ii.2) somente podem ter a sua aplicação afastada nos casos concretos quando o julgador vier a demonstrar a existência distinção ou superação⁶⁵.

Aliás, há quem defenda, inclusive, a existência de *precedentes administrativos*, que seriam aqueles formados por decisões jurídicas firmadas por determinados órgãos administrativos. No ponto, Rafael Carvalho Oliveira Rezende sustenta que a exigência de coerência no exercício da atividade estatal justificaria a extensão da vinculatividade inerente aos precedentes judiciais também aos processos administrativos⁶⁶, de modo a que decisões por ele qualificadas como precedentes administrativos passassem a ser

⁶³ Ambos situados por Zaneti no contexto do que ele convencionou chamar *jurisprudência persuasiva*, mas que, por efeito didático, convencionamos chamar, simplesmente, de *decisões persuasivas invocadas*.

⁶⁴ Como ocorre com os precedentes, embora quanto a eles sequer seja necessária a sua invocação pelas partes, dada a imposição jurídico-normativa que sobressai do artigo 927 da lei processual.

⁶⁵ Por óbvio, a noção de superação aplicada às decisões persuasivas invocadas (que se diferenciam dos precedentes, por não possuem caráter uniformizador) precisa ser a adequada à sua natureza, sob pena e risco de que se configure, na casuística, imposição a que os julgadores observem, ao mesmo tempo, posicionamentos jurídicos contraditórios (ou que se verificaria, por exemplo, se autor e réu invocarem acórdãos de Tribunais distintos proferidos em sentido diametralmente opostos). Porém, isso é assunto para estudo mais aprofundado, quando ao que recomendamos a leitura da Dissertação de Mestrado apresentada por Gabriel Sardenberg Cunha ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, e que foi aprovada com distinção por banca composta, juntamente com o primeiro autor (orientador da pesquisa), pelos professores Hermes Zaneti Júnior, Daniel Mitidiero e Samuel Meira Brasil Júnior, que certamente se inserem entre os principais especialistas na matéria no âmbito do Direito Brasileiro. A propósito, cf.: CUNHA, Gabriel Sardenberg. *Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes*, cit., p. 208-211, *passim*.

⁶⁶ Sobre a vinculatividade dos precedentes judiciais à Administração Pública, cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 194-195.

observadas na resolução administrativa de casos futuros e semelhantes⁶⁷. Para o autor, o precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa em caso concreto anterior, que, sendo válida e compatível com o interesse público, deveria ser ulteriormente observada pela Administração Pública⁶⁸. Em mesmo sentido de posiciona Gustavo Marinho de Carvalho, para quem o precedente administrativo é a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, de tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública, inclusive órgãos de controle, para todos os casos posteriores e substancialmente similares⁶⁹. Muito embora não estejamos convencidos que os atos decisórios referidos por Rezende e Oliveira efetivamente se apresentem como precedentes⁷⁰, não há dúvidas de que existem, no regime processual vigente, decisões administrativas uniformizadoras que afetam o resultado final dos processos judiciais. O principal exemplo deste fenômeno são as chamadas orientações vinculantes firmadas no âmbito administrativo, cuja formação obsta, nos precisos termos do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 496 do CPC-2015⁷¹, a incidência da remessa necessária (também chamada reexame obrigatório) nos casos concretos. Observe-se que o dispositivo, em seus incisos antecedentes⁷², afasta a remessa necessária quando estamos diante de sentenças fundadas em precedentes. Destarte, essas orientações administrativas vinculantes, conquanto não vinculem julgamentos proferidos nos processos judiciais (no ponto, sua eficácia é meramente persuasiva), obstam o prosseguimento do feito

⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 96.

⁶⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*, 2018, p. 95.

⁶⁹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracultura, 2015, p. 121.

⁷⁰ Assim compreendidos os pronunciamentos jurisdicionais uniformizadores a que os juízes devem observância por imposição legal (*precedentes normativos formalmente vinculantes* e *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*; cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit.) ou por imperativo lógico (*precedentes normativos vinculantes*, que convencionamos chamar, por efeito didático, *precedentes vinculantes sem previsão legal*; cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 162).

⁷¹ CPC-2015. "Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: [...] IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa".

⁷² CPC-2015. "Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência [...]".

em reexame necessária, apresentando-se, portanto, como espécie anômala de decisão persuasiva⁷³.

Essas considerações põem em evidência que o modelo de precedentes concebido pelo legislador processual vai além dos precedentes normativos formalmente vinculantes, porque também abarca as decisões proferidas pelas turmas/câmaras/seções especializadas desses Tribunais de Cúpula (*precedentes vinculantes sem previsão legal*) e as *decisões persuasivas invocadas* (CPC-2015, art. 489, p. 1º, VI), que também abarcam, com os ajustes necessários, as *orientações administrativas vinculantes* (CPC-2015, art. 496, p. 4º, IV). Todos esses pronunciamentos orientam, em maior ou menor medida, o desfecho da resolução de contendas judiciais.

Porém, é preciso advertir que o que vincula, nesse contexto, a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores não são as decisões proferidas, mas as interpretações jurídicas que podem ser extraídas das suas razões de decidir (*ratio decidendi*)⁷⁴, que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma⁷⁵. Não a condicionam, portanto, as razões expressadas como *obiter dictum*, composto por argumentos expostos apenas de passagem na motivação, que expressam “juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”⁷⁶, enfim, por “tudo aquilo que não for essencial à decisão”, isto é, “que não constitui fundamentos determinantes”⁷⁷. Assumidas essas características, os precedentes (inclusive aqueles que não resultam de taxativa previsão legal), e também as decisões persuasivas invocadas, somente podem ser afastados, no contexto da tomada de decisões jurídicas no curso dos processos judiciais, quando se identificar, nos casos concretos, a ocorrência de *distinção* (verificada quando há distinção entre o caso concreto e o caso paradigma, que pode se fundar na constatação de que “não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi*”, ou, ainda, na verificação de que, “a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no

⁷³ Embora claramente não se qualifique, na linha do posicionamento de Zaneti, como jurisprudência persuasiva. Por esse motivo, talvez seja possível reuni-las, juntamente com as decisões jurídicas proferidas (por exemplo) pelos Tribunais de Contas e pelos Conselhos de Contribuintes (que tem efeitos concretos evidentes sobre a Administração Pública), quando invocadas no curso do processo judicial, como espécie do gênero decisões persuasivas invocadas, de que seriam espécies a jurisprudência persuasiva e as decisões persuasivas administrativas. Mas isso é assunto para outro estudo.

⁷⁴ Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 309-310

⁷⁵ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 350.

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2, cit., p. 350.

⁷⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, cit., p. 352.

caso em julgamento afasta a aplicação do precedente⁷⁸⁾ ou da *superação* (técnica por meio da qual o precedente perde a sua força vinculante, sendo substituído por outro precedente⁷⁹⁾.

Essas considerações põem em evidência que o caráter flexível (ou problemático) da aplicação do Direito de nosso tempo (a que referimos no capítulo anterior) pode ter seus efeitos minimizados, no campo da aplicação do Direito, por uma aplicação adequada do modelo de precedentes. Em especial quando se tem em vista a compreensão, anteriormente expressada pela doutrina jurídica, de que a vinculação jurídica imposta pela lei processual aos julgadores é também extensível às partes processuais⁸⁰⁾, por aplicação do disposto nos artigos 5º e 77, II d CPC-2015.

O primeiro desses enunciados prescritivos (CPC-2015, art. 5º) estabelece, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. O outro (CPC-2015, art. 77, II), por sua vez, elenca entre os “deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo [...] não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (dever processual de não litigar contrariamente ao Direito).

A conjugação desses dispositivos à constatação (a partir do texto da lei processual) de que as decisões/sentenças/acórdãos invariavelmente observarão os precedentes (inclusive os precedentes vinculantes sem previsão legal) e as decisões persuasivas invocadas (inclusive as orientações administrativas vinculantes) não deixa alternativa aos jurisdicionados. Afinal, não se pode dizer que atua com boa-fé (art. 5º), ou que se abstém de formular pretensão/defesa destituídas de fundamento jurídico (at. 77, II), aquele se recusa a conferir cumprimento voluntário a pretensão fundada em precedente/decisão persuasiva que vincula o julgamento da causa, ou que insiste em veicular/reafirmar pretensão/defesa por elas refutadas.

Enfim, se é verdade que somente é legítimo litigar enquanto houver dúvida sobre quem vai vencer o processo (como procuramos demonstrar no capítulo anterior), quando se puder verificar, em concreto, que o deslinde da *vexata quaestio* está a depender exclusivamente da definição sobre se deve prevalecer, enquanto interpretação jurídica, a tese (pretensão do autor) ou a antítese (resistência do réu a essa pretensão), a simples invocação de precedente/decisão persuasiva dotada de eficácia vinculante (ressalvada,

⁷⁸⁾ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2, cit., p. 353.

⁷⁹⁾ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2, cit., p. 354.

⁸⁰⁾ Cf. (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 184-189) e (MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*, cit., p. 195-196).

evidentemente, a hipótese de configuração de distinção ou superação) afasta qualquer dúvida neste sentido (precedentes/decisões persuasivas invocadas vinculam os julgadores, que, posto isso, precisam adotá-los em suas decisões/sentenças/acórdãos), vinculando a atuação das partes e de seus procuradores. O fato é que, presentes essas precondições, ter-se-á a certeza da derrota na demanda, o que faz com que o ato de litigar (ou prosseguir litigando) contraponha-se, ao mesmo tempo, aos deveres processuais de agir com boa-fé no processo (art. 5º) e de não litigar contrariamente ao Direito (art. 77, II)⁸¹. Disso resulta a configuração do modelo de precedentes como ferramenta jurídica voltada à obtenção da autocomposição no processo.

4. Conclusões

Esperamos haver demonstrado que também é possível induzir a resolução de conflitos pelo método autocompositivo mediante aplicação, ao lado das técnicas negociais comumente empregadas por conciliadores e mediadores e de outras ferramentas metajurídicas utilizadas para obtenção de acordos (como por exemplo a constelação familiar) também de institutos próprios do Direito Processual, como por exemplo a antecipação de provas (que, pelas razões dantes expostas, tem a funcionalidade de orientar a contenção da litigiosidade das partes em litígios fundados em simples divergência quanto à matéria fática) e o modelo de precedentes (que possibilita, pelos motivos anteriormente alinhavados, a resolução de conflitos ancorados em dissensão sobre como o direito positivo deve ser aplicado nos casos concretos).

Não desejamos, todavia, construir única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que nos ocupamos. Interessa-nos, pelo contrário, que essas nossas observações sobre o tema possam suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência; inclusive para efeito de fomentar, entre os pesquisadores que se puserem de acordo com essa nossa proposta teórica, o desenvolvimento de novos estudos voltados ao seu aprimoramento⁸², seja pela via da

⁸¹ O mesmo raciocínio se aplica à Fazenda Pública, sobre a qual também incidem os precitados deveres processuais (agir com boa-fé no processo e não litigar contrariamente ao Direito). Porém, quanto a ela, são aplicáveis, ainda, os princípios administrativos da legalidade e da eficiência (cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*, cit., p. 196-201).

⁸² Quanto a isso, esclarecemos que, neste exato momento, os três autores deste trabalho seguem desenvolvendo, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES), pesquisas tendentes a induzir a instrumentalização prática do modelo teórico nele apresentado. É precisamente nesse âmbito que se situam os estudos desenvolvidos pelo primeiro autor (Claudio Madureira) para a desenvolvimento (ainda em curso) de obra inicialmente intitulada "Caixa de Ferramentas Jurídicas", que esperamos ver publicada em 2022, pelo segundo autor (Carlos André Luís Araújo) para a construção da sua Dissertação de Mestrado, que versará sobre influência do modelo de precedentes na contenção da litigiosidade do poder público, e pela terceira autora (Fernanda

rediscussão e aprofundamento de suas premissas científica, seja por meio da identificação de outros institutos processuais que poderiam ser empregados, como ferramentas jurídicas, para induzir a autocomposição no processo. Se essa expectativa se realizar, nosso objetivo estará plenamente atendido.

5. EPÍLOGO: a importância do Professor Francisco Vieira Lima Neto para o desenvolvimento deste trabalho e da pesquisa que lhe é subjacente

Este trabalho foi desenvolvido no contexto de pesquisa desenvolvida pelo Professor Claudio Madureira no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES (PPGDIR-UFES) e associada ao Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPPC) - integrante da PROCNET, Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo) - e ao Laboratório de Processo e Constituição (LAPROCON) do PPGDIR-UFES, que investiga se (e de que forma) *ferramentas jurídicas* (assim consideradas aquelas extraídas do ordenamento) podem ser empregadas (ao lado das ferramentas negociais tradicionalmente empregadas nesse contexto) para orientar a resolução de conflitos pelo método autocompositivo. Essa investigação teórica é voltada, em apertada síntese, à construção de “*Caixa de Ferramentas Jurídicas*” que possa ser empregada (não apenas por conciliadores e mediadores, mas também) por profissionais do Direito (juízes, promotores, advogados, etc.) para induzir (nos casos concretos) a contenção da litigiosidade no processo (ou até mesmo antes da sua deflagração pelos contendores) e a construção de acordos substituam decisões/sentenças/acórdãos (desfecho usual dos conflitos na heterocomposição estatal) por decisões pactuadas pelos próprios interessados.

Essa pesquisa não teria sido possível não fosse o relacionamento de trabalho mantido pelo Professor Madureira com o Professor Francisco há pouco mais duas décadas. Em primeiro lugar porque ela guarda estrita relação com os ensinamentos jurídicos e metajurídicos (de humanidades, mesmo) transmitidos pelo Professor Francisco ainda durante a graduação jurídica do Professor Madureira⁸³. Em segundo lugar porque ela se baseia em duas pesquisas anteriores, realizadas pelo Professor Madureira sob orientação/inspiração do Professor Francisco: a primeira delas, realizada sob orientação direta do Professor Francisco, teve lugar durante o processo construtivo da sua Dissertação de Mestrado do Professor Madureira⁸⁴, que descreveu o modo como se

Medeiros e Ribeiro Rodor), cuja Dissertação abordará a influência da antecipação de provas na resolução de conflitos pelo método autocompositivo.

⁸³ Quanto ao particular, cf. depoimento publicado neste mesmo livro.

⁸⁴ Publicada, em sua versão comercial, sob o título “*Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*” (cf. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, cit.

processa (ou pelo menos como deveria se processar) a aplicação do Direito e a realização da justiça no processo civil brasileiro; a outra, desenvolvida durante o seu Doutorado na PUC/SP, mas que, em rigor, representa solução continuidade com essa pesquisa anterior orientada pelo Professor Francisco e encontra inspiração na atividade profissional desenvolvida pelo Professor Francisco e pelo Professor Madureira (que chegaram a trabalhar juntos por alguns meses na Procuradoria do INSS) na Advocacia Pública⁸⁵, e que investigou se (e de que forma) conflitos que envolvem a Fazenda Pública podem ser resolvidos pelo método autocompositivo.

Dessas investigações também resultou a concepção do livro “Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro”, publicado pelo Professor Madureira em 2017, que estende a proposta teórica encartada em sua tese de Doutorado também aos litígios mantidos entre partes privadas⁸⁶. Dela decorre, ainda, a publicação de uma série de artigos jurídicos (todos relacionados no currículo lattes do Professor Madureira) e o desenvolvimento de intensa atividade de pesquisa por seus orientandos no Mestrado.

É precisamente nesse âmbito que se situam os estudos desenvolvidos pelo mestrando Carlos André Luís Araújo para a construção da sua Dissertação de Mestrado, que versará sobre influência do modelo de precedentes na contenção da litigiosidade do poder público, e pela mestranda Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor, cuja Dissertação abordará a influência da antecipação de provas na resolução de conflitos pelo método autocompositivo. Também essa iniciativa do Professor Madureira por procurar engajar seus orientandos na atividade de pesquisa que desenvolve encontra inspiração nos ensinamentos que recebeu do Professor Francisco, num primeiro momento como aluno de graduação, depois disso como seu orientando no Mestrado e, por fim, como colega na Advocacia Pública e no Departamento de Direito da UFES. É que o Professor Madureira teve a sorte e a felicidade de ter sido diligentemente conduzido pelo Professor Francisco (inclusive por meio da construção de artigos e capítulos de livros em coautoria) às suas primeiras publicações jurídicas, experiência que agora procura replicar (seguindo o exemplo do seu querido mestre) com seus alunos na Graduação e no Mestrado.

Disso resulta a importância do Professor Francisco Vieira Lima Neto para o desenvolvimento deste trabalho e da pesquisa que lhe é subjacente. Afinal, foi com ele

⁸⁵ Publicada, em sua versão comercial, sob o título “Advocacia Pública” (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016), republicada no ano seguinte em 2ª edição (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017) e vem sendo reformulada para publicação de uma terceira edição em 2022.

⁸⁶ Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit.

que o Professor Madureira aprendeu, ao longo de todos esses anos, que também na academia “há que se cuidar do broto, pra que a vida nos dê flor e fruto”⁸⁷.

6. Referências bibliográficas

ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMANI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracultura, 2015.

CUNHA, Gabriel Sardenberg. Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes: obrigatoriedade racional e obrigatoriedade formal na lei processual. *Dissertação de Mestrado*. PPGDIR-UFES, 2020. Disponível na internet: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_14402_Disserta%E7%E3o%20Final_GABRIEL%20SARDEMBERG.pdf>; acesso em 27/07/2020.

CURY, Cesar Felipe. Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro. *Revista Fonamec*, v.1, n. 1, p. 111-131, maio 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁸⁷ Como disseram Milton Nascimento e Wagner Tiso na sua belíssima “Coração de Estudante” (1999).

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIMARÃES, Felipe de Castro. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação em processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 169-214.

MADUREIRA, Claudio. *Royalties de Petróleo e Federação*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 272, p. 85-125, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES*, v. 2.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4º ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SOUSA, Diego Crevelin de. Segurando o juiz contraditor pela imparcialidade: de como a ordenação de provas de ofício é incompatível com as funções judicantes. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 24, n. 96, p. 49-78, out./dez. 2016.
- TALAMINI, Eduardo. Artigo 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- WANBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Artigo 381. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMANI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direito material e direito processual: relações e perspectivas. *Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional*, 2004.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Tricia Navarro Xavier (Org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. *Revista de Direitos Difusos*, Ano XI, v. 53, p. 13-32, março de 2011.

O trabalho intermitente pelo mundo e a legislação brasileira

Adib Pereira Netto Salim

Professor adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. E-mail: adibsalim@usp.br

Sumário: Introdução.1 Breves noções do trabalho intermitente no Reino Unido e na Nova Zelândia.2 O trabalho intermitente na legislação da Espanha.3 O trabalho intermitente na legislação de Portugal.4 O trabalho intermitente na legislação da Itália. Conclusão. Referências

Introdução

Introduzido no Brasil pela reforma trabalhista (BRASIL, 2017), o trabalho intermitente encontra sua conceituação no artigo 443, §3º, da CLT, segundo o qual, considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Inspirado pelo modelo do Reino Unido, o contrato de trabalho intermitente brasileiro é um contrato atípico, porque da maneira como está posto, a subordinação não é contínua, com alternância entre períodos de prestação de serviços e de inatividade, não havendo previsão de jornada fixa, segundo lição de MAEDA (2017).

CASSAR (2018, p.515) nos traz uma importante reflexão sobre o novo contrato de trabalho:

“A criação de mais uma espécie de contrato de trabalho sob a denominação de ‘contrato intermitente’ visa, na verdade, autorizar a jornada móvel variada e o trabalho variável(bico), isto é, a imprevisibilidade da prestação de serviços, ferindo de morte os princípios da segurança, o da proteção ao

trabalhador e o da continuidade da relação de emprego. A alteração da lei para permitir esta espécie de contrato atende principalmente aos interesses dos empresários, e não dos trabalhadores”.

O artigo 452-A da CLT trata da formalização do contrato de trabalho intermitente e de sua execução. É exigida a celebração por escrito, com indicação específica da remuneração por hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário-mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, seja em contrato intermitente ou não.

Estão previstas ainda disposições relativas ao modo de convocação do trabalhador para a prestação de serviços, com a necessária informação prévia da jornada a ser desempenhada, tudo com no mínimo três dias corridos de antecedência. Na mesma disposição também está previsto o prazo de um dia útil para o empregado responder à convocação, sendo que em caso de silêncio, presume-se recusada a oferta. Uma vez aceito o serviço, se qualquer das partes descumprir a promessa, sem justo motivo, deverá pagar a outra parte, em até trinta dias, multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida pelo trabalho combinado, permitida a compensação em igual prazo.

Na referida disciplina legal também se encontram disposições acerca do não computo do tempo de inatividade como tempo de serviço, bem como o rol de direitos do trabalhador, dentre eles o direito às férias proporcionais, com acréscimo de um terço, o direito ao décimo terceiro proporcional e o repouso semanal remunerado, que são pagos de forma proporcional ao tempo trabalhado em cada período de prestação de serviços, de forma imediata, em conjunto com a remuneração devida.

No Brasil não se encontram disposições legais garantidoras de um mínimo de convocações do trabalhador ao serviço, seja no intervalo de uma semana, um mês ou qualquer outro lapso temporal. De igual forma, não há previsão de um limite máximo de convocações por ano, de forma a impedir eventual abuso por parte das empresas na adoção da nova figura jurídica contratual, em detrimento do modelo tradicional prevalente de contratação por prazo indeterminado.

Não se encontra no texto legal brasileiro limitação à adoção da nova figura contratual, por exemplo, restringindo o cabimento a trabalhadores de determinadas faixas etárias que encontram maiores dificuldades de ingresso e reingresso no mercado de trabalho formal, quais sejam, os mais jovens e os mais idosos.

Não se pode olvidar a perigosa e irrestrita previsão contida no artigo 611-A, VIII, da CLT, segundo a qual em se tratando de disciplina de trabalho intermitente, a convenção coletiva e o acordo coletivo têm prevalência sobre a lei.

O propósito do presente estudo é encontrar nas legislações que regulam o trabalho intermitente na Espanha, em Portugal e na Itália previsões jurídicas que possam orientar a necessária melhoria dos níveis mínimos de direitos e garantias para o trabalhador intermitente brasileiro, caso a nova figura não seja declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5826, ajuizada pela Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo e outros, sob o fundamento de ofensa aos princípios da vedação ao retrocesso social, da dignidade humana e da isonomia, além de ofender as garantias do salário mínimo, do 13º salário, das férias remuneradas e da jornada não superior a oito horas diárias.

Merece destaque o voto do relator, Ministro Edson Fachin, que se manifestou pela inconstitucionalidade do trabalho intermitente, aduzindo que para essa modalidade de relação trabalhista ser válida, é necessário que se assegure a proteção aos direitos fundamentais trabalhistas, como a garantia da remuneração não inferior ao salário-mínimo. Para o relator, o contrato intermitente, na forma da Lei 13.467/2017, é insuficiente para proteger os direitos fundamentais sociais trabalhistas, pois não fixa horas mínimas de trabalho nem rendimentos mínimos, ainda que estimados.

Em 3 de dezembro de 2020 o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista da Ministra Rosa Weber, quando três ministros já haviam proferido seus votos, o relator, Ministro Edson Fachin, votou pela inconstitucionalidade e os Ministros Nunes Marques e Alexandre de Moraes, votaram pela constitucionalidade.

Aguardemos a conclusão do julgamento, nos preparando, caso não prevaleça a declaração de inconstitucionalidade, para melhorar o modelo atual, como já fizeram alguns países, seja na origem da edição de suas normas reguladoras do trabalho intermitente, seja posteriormente, através de leis retificadoras.

1 Breves noções do trabalho intermitente no Reino Unido e na Nova Zelândia

Regidos pelo National Minimum Wage Act (REINO UNIDO, 1998), os trabalhadores em *zero-hour contract, on stand-by time, on-call time, and downtime* passaram a ter no Reino Unido a garantia do salário-mínimo pelas horas trabalhadas, bem como em situações nas quais são chamados a comparecer ao local de trabalho, ainda que nada tenham para fazer. Posteriormente, a legislação do Reino Unido também se

encarregou de banir uma prática prejudicial ao trabalhador, segundo a qual caso ele tivesse mais de um empregador e fosse demandado por um deles, em regime *zero hour contract*, deveria pedir autorização para aceitar o trabalho ao outro empregador.

Da análise do referido modelo, pela similitude no aspecto da ausência de garantias mínimas ao trabalhador, verifica-se ser ele a inspiração maior para o modelo adotado no Brasil.

Caracteriza-se, regra geral, como um tipo de contrato entre empregador e trabalhador pelo qual nada é garantido em termos de mínimo de horas a serem trabalhadas e por outro lado o trabalhador não é obrigado a aceitar o convite para trabalhar, conforme COLNAGO (2019). O termo *zero-hour contract* foi originariamente usado no Reino Unido. Às vezes, sem a mesma precisão técnica, os termos, trabalho casual (*casual work*) e *part time workers*, também se apresentam.

Na Nova Zelândia, segundo a página do seu Ministério de Negócios, Inovação e Emprego, a legislação foi alterada para criar a necessidade da celebração de um acordo, individual ou coletivo, para disciplinar a relação de trabalho intermitente, garantindo um mínimo de horas de trabalho por mês. Os instrumentos deverão obrigatoriamente conter: 1) o número de horas; 2) o tempo de início e de fim; 3) ou os dias da semana em que o empregado irá trabalhar. Referidas prescrições representam um mínimo de garantia ao trabalhador (NOVA ZELÂNDIA, 2016).

2 O trabalho intermitente na legislação da Espanha

Na Espanha o trabalho intermitente recebe a denominação de contrato *fijo-discontinuo*, encontrando sua previsão normativa no artigo 16 do Estatuto dos Trabalhadores (ESPANHA, 2015), que assim dispõe:

Artigo 16.º Contrato fijo-descontínuo 1. O contrato fijo-descontínuo por tempo indeterminado é celebrado para a realização de obras que tenham o carácter de fijo-descontínuo e não se repitam em determinadas datas, dentro do volume normal de atividade da empresa. Nos casos de trabalhos descontínuos que se repetem em determinadas datas, será aplicável a regulamentação do contrato a tempo parcial celebrado por tempo indeterminado. 2. Os trabalhadores fijo-descontínuo serão convocados pela ordem e forma fixadas nas respectivas convenções coletivas, podendo o trabalhador, em caso de incumprimento, reclamar no processo de despedimento perante a jurisdição social, partindo do prazo para esta a partir do momento em que teve conhecimento da falta de convocação. 3.

Este contrato deve obrigatoriamente ser formalizado por escrito no modelo que se encontra estabelecido e deve conter a indicação da duração estimada da atividade, bem como a forma e ordem de convocação estabelecidas no acordo coletivo aplicável, referindo ainda, a título indicativo, a estimativa da jornada de trabalho e sua distribuição de tempo.

4. Os acordos coletivos de âmbito setorial podem prever, quando as peculiaridades da atividade do sector o justificarem, a celebração de contratos fixos descontínuos a tempo parcial, bem como os requisitos e especialidades para a conversão de contratos temporários em contratos fixos -descontínuos. (tradução nossa)¹.

Da leitura do texto do Real Decreto Legislativo 2/2015, o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, verifica-se que o trabalho intermitente por lá é nominado como contrato fixo-descontínuo, sendo uma modalidade de contrato por prazo indeterminado, celebrado para a realização de serviços que tenham carácter fixo-descontínuo e não tenham data certa para se repetir, dentro do movimento normal de atividade da empresa.

Do mesmo modo, se extrai a orientação de que no caso de trabalhos descontínuos que se repitam em datas certas, será cabível outra modalidade contratual, o chamado contrato de trabalho em tempo parcial, celebrado por tempo indeterminado. Importante o registro de que os critérios de convocação dos trabalhadores intermitentes são definidos por norma coletiva, sendo que em caso de desrespeito ao critério de convocação cabe reclamação perante a chamada jurisdição social, a jurisdição especializada em relações do trabalho da Espanha.

¹ Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo 1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. 2. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. 3. Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria. 4. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos. (extraído de http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_leyes/trabajo/estatutoo6/Apdo_5_Estatuto.pdf, acceso em 28.09.2020).

O contrato é obrigatoriamente formalizado por escrito, indicando a norma coletiva aplicável, a estimativa da jornada de trabalho e sua distribuição no tempo.

Para os trabalhadores espanhóis, a vantagem do referido modelo contratual intermitente está na certeza de que se repetindo a situação de demanda, serão novamente chamados a trabalhar, observada a ordem de preferência definida pela antiguidade dos contratos.

Nos períodos de inatividade é permitido ao trabalhador ter outro emprego. Distingue-se do contrato de trabalho temporário porque não se destina a um evento incerto. O contrato fixo descontínuo é celebrado por escrito e fica restrito aos meses ou períodos em que haverá a demanda justificadora do trabalho. Em termos de salário e jornada, os trabalhadores descontínuos têm os mesmos direitos dos empregados fixos da empresa. O Estatuto prevê ainda a negociação coletiva, observadas as peculiaridades da atividade econômica, criando a possibilidade de celebração de tais contratos de trabalho intermitente.

3 O trabalho intermitente na legislação de Portugal

Em Portugal, o trabalho intermitente é previsto nos artigos 157 a 160, do Código do Trabalho (PORTUGAL, 2009), que assim dispõe:

Trabalho intermitente

Artigo 157.º

Admissibilidade de trabalho intermitente

1-Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade.

2-O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.

Artigo 158.º

Forma e conteúdo de contrato de trabalho intermitente

1-O contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita e deve conter:

a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;

b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo.

2-Quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea b) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inactividade.

3-O contrato considera-se celebrado pelo número anual de horas resultante do disposto no n.º 2 do artigo seguinte, caso o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo seja inferior a esse limite. Artigo 159.º

Período de prestação de trabalho

1-As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele.

2-A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.

3-A antecedência a que se refere o n.º 1 não deve ser inferior a 20 dias.

4-Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Artigo 160.º

Direitos do trabalhador

1-Durante o período de inactividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.

2-Os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior.

3-Durante o período de inactividade, o trabalhador pode exercer outra actividade.

4-Durante o período de inactividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho.

5-Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.

O que se verifica do texto legal acima transcrito é que em Portugal o cabimento do trabalho intermitente é permitido apenas para empresas que exerçam atividades em caráter descontínuo, seja pela descontinuidade natural ou por uma intensidade variável. O contrato é formal, devendo ser escrito.

A contratação deve ser por no mínimo seis meses por ano, dos quais ao menos quatro devem ser consecutivos. O empregado deve ser chamado para o trabalho com antecedência mínima de 20 dias. O artigo 160 prevê ainda que o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho terá previsão de compensação retributiva pelo período de inatividade, sendo que na falta de tal previsão na norma coletiva, será garantido um mínimo de 20% (vinte por cento) do valor da remuneração base.

4 O trabalho intermitente na legislação da Itália

Na Itália o contrato de trabalho intermitente é denominado 'a chamada', tendo sua origem normativa no Decreto Legislativo nº 276 (ITÁLIA, 2003), em seus artigos 33 a 37.

O contrato de trabalho intermitente pode ser celebrado por tempo indeterminado ou determinado. É obrigatoriamente celebrado sob a forma escrita. Pode ser pactuado para a prestação de serviços descontínuos ou intermitentes de acordo com as necessidades identificadas nos acordos coletivos.

Prevendo a possibilidade de celebração a título experimental, o contrato de trabalho intermitente pode ser celebrado para serviços a serem prestados por desempregados com menos de 25 anos de idade ou por trabalhadores com mais de 45 anos de idade, que tenham sido expulsos do ciclo produtivo ou estejam inscritos nas listas de mobilidade e colocação.

De forma expressa, é vedado o uso do trabalho intermitente para substituição de trabalhadores em exercício do direito de greve; em empresas que tenham promovido dispensa coletiva nos seis meses anteriores em funções objeto da contratação intermitente e em empresas que não tenham realizado a avaliação de risco prevista no artigo 4º, do decreto legislativo 626.

A norma reguladora exige que do instrumento contratual deva constar a previsão de pagamento de indenização ao trabalhador pelo tempo de ociosidade, assim considerado como o período em que o trabalhador fica à disposição do empregador,

aguardando ser chamado. O valor da referida indenização é fixado pela norma coletiva, havendo também previsão de pagamento na hipótese de impedimento de comparecimento por motivo de doença, desde que o contrato seja daqueles com previsão de obrigatoriedade de comparecimento por parte do trabalhador convocado.

Merece ainda registro o fato de que a legislação italiana prevê a possibilidade de celebração do contrato de trabalho intermitente por períodos predeterminados durante a semana, mês ou ano.

Atualmente, a mais recente disciplina do trabalho intermitente na Itália está posta no Decreto Legislativo 81/2015, que em sua Seção II, regula a matéria nos artigos 13 a 18, revogando os termos da legislação originária acima analisada, vejamos:

Seção II

Trabalho intermitente

Art. 13. Definição e casos de recurso ao trabalho intermitente

1. O contrato de trabalho intermitente é o contrato, ainda que a termo certo, pelo qual o trabalhador se coloca à disposição de um empregador que pode utilizar a sua prestação de trabalho de forma descontínua ou intermitente de acordo com as necessidades identificadas em acordos coletivos, também no que se refere à possibilidade de realização dos serviços em períodos pré-determinados durante a semana, mês ou ano. Na falta de acordo coletivo, os casos de utilização de trabalho intermitente são identificados por portaria do Ministro do Trabalho e da Política Social.
2. O contrato de trabalho intermitente pode, em qualquer caso, ser celebrado com sujeitos menores de 24 anos, desde que o trabalho seja executado dentro do vigésimo quinto ano, e com mais de 55 anos.
3. Em qualquer caso, com exceção dos setores do turismo, dos exercícios públicos e do entretenimento, é permitido o contrato de trabalho intermitente, para cada trabalhador com o mesmo empregador, por um período total não superior a quatrocentos dias de trabalho real ao longo de três anos civis. Ultrapassado o referido período, a relação relativa transforma-se em relação laboral a tempo inteiro e permanente.
4. Nos períodos em que o serviço não é utilizado, o trabalhador intermitente não acumula qualquer tratamento econômico e regulamentar, a menos que tenha garantido ao empregador a sua disponibilidade para atender chamadas, caso em que tem direito ao subsídio por disponibilidade de a que se refere o artigo 16.º

5. O disposto nesta secção não se aplica às relações de trabalho exercidas pela administração pública.

Art. 14. Proibições

1. É vedada a utilização de trabalho intermitente:

a) para substituição de trabalhadores que exerçam o direito à greve;

b) nas unidades de produção em que, nos últimos seis meses, tenham sido efetuados despedimentos coletivos nos termos dos artigos 4.º e 24.º da Lei n.º 223, que dizia respeito aos trabalhadores atribuídos às mesmas tarefas a que se refere o contrato de trabalho intermitente, ou em unidades de produção em que se verifique a suspensão do trabalho ou a redução do horário de trabalho ao abrigo do regime de despedimento, com incidência nos trabalhadores afetos às funções a que se refere o contrato de trabalho intermitente;

c) Aos empregadores que não tenham realizado a avaliação de risco em aplicação da legislação sobre a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores.

Art. 15. Forma e comunicações

1. O contrato de trabalho intermitente é estipulado por escrito para efeitos de comprovação dos seguintes elementos: a) duração e hipóteses, objetivas ou subjetivas, que permitem a estipulação do contrato nos termos do artigo 13.º; b) local e forma de disponibilidade, eventualmente garantida pelo trabalhador, e o relativo aviso de convocação do trabalhador, que não pode ser inferior a um dia útil; c) tratamento económico e regulamentar ao trabalhador pelo serviço prestado e subsídio de disponibilidade relativa, quando aplicável; d) formas e métodos pelos quais o empregador tem o direito de solicitar a execução da prestação do trabalho, bem como métodos de registo da prestação; e) calendário e formas de pagamento da remuneração e do subsídio de disponibilidade; f) as medidas de segurança necessárias em relação ao tipo de atividade prevista no contrato.

2. Sem prejuízo das disposições mais favoráveis das convenções coletivas, o empregador é obrigado a informar anualmente os representantes sindicais da empresa ou a representação sindical unitária sobre a evolução da utilização do contrato de trabalho intermitente.

3. Antes do início da execução do trabalho ou de um ciclo integrado de serviços com duração não superior a trinta dias, o empregador é obrigado a comunicar a duração à direção territorial de emprego responsável pela área, por mensagem de texto ou e-mail. Por decreto do Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais, de acordo com o Ministro da Simplificação e da Administração Pública, podem ser identificados os métodos de aplicação da disposição a que se refere o primeiro período, bem como os demais

métodos de comunicação em função do desenvolvimento das tecnologias. Em caso de violação das obrigações referidas neste número, é aplicada uma sanção administrativa de € 400 a € 2.400 em relação a cada trabalhador para o qual tenha sido omitida a comunicação. O procedimento de notificação para cumprir referido no artigo 13º do Decreto Legislativo de 23 de abril de 2004, nº. 124

Art. 16. Subsídio de disponibilidade

1. O valor do subsídio de disponibilidade mensal, divisível em quotas horárias, é determinado por acordos coletivos e, em qualquer caso, não inferior ao montante fixado por decreto do Ministro do Trabalho e da Política Social, ouvidas as associações sindicais comparativamente mais representativas a nível nacional.

2. A indenização de disponibilidade está excluída do cálculo de qualquer instituição de direito ou convenção coletiva.

3. A indenização de disponibilidade está sujeita a contribuições previdenciárias pelo seu valor real, em derrogação ao disposto na legislação sobre contribuições mínimas.

4. Em caso de doença ou outro evento que impossibilite temporariamente o atendimento da chamada, o trabalhador é obrigado a informar imediatamente o empregador, especificando a duração do impedimento, durante o qual o direito ao subsídio de disponibilidade não vence. Se não cumprir o prazo anterior, o trabalhador perde o direito à indenização pelo prazo de quinze dias, salvo disposição em contrário do contrato individual.

5. A recusa injustificada de atendimento à chamada pode constituir fundamento de despedimento e implicar a devolução do subsídio de disponibilidade para o período subsequente à recusa. 6. Por decreto do Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais, de comum acordo com o Ministro da Economia e Finanças, estabelece-se o âmbito da remuneração convencional no sentido de que o trabalhador intermitente pode pagar a diferença de contribuição pelos períodos em que tenha recebido salário inferior ao convencional ou já se beneficiou de auxílio-disponibilidade até o mesmo valor.

Art. 17. Princípio da não discriminação

1. O trabalhador intermitente não deve receber, pelos períodos trabalhados e pelas mesmas funções desempenhadas, tratamento económico e regulamentar globalmente menos favorável que o trabalhador do mesmo nível.

2. O tratamento económico, regulamentar e previdenciário do trabalhador intermitente é proporcionalmente proporcional ao trabalho efetivamente realizado, nomeadamente no que se refere ao montante da remuneração

global e respetivas componentes individuais, bem como às férias e ao tratamento por doença e acidente, licença maternidade e licença parental.

Art. 18. Cálculo do trabalhador intermitente

1. Para efeitos de aplicação de qualquer disciplina de fonte legal ou contratual para a qual seja pertinente o cômputo de empregados do empregador, o trabalhador intermitente é computado no quadro do pessoal da empresa na proporção o tempo de trabalho efetivamente realizado durante cada semestre.² (tradução nossa)

²Sezione II Lavoro intermittente Art. 13. Definizione e casi di ricorso al lavoro intermittente 1. Il contratto di lavoro intermittente è il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. In mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. 2. Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni. 3. In ogni caso, con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari. In caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato. 4. Nei periodi in cui non viene utilizzata la prestazione il lavoratore intermittente non matura alcun trattamento economico e normativo, salvo che abbia garantito al datore di lavoro la propria disponibilità a rispondere alle chiamate, nel qual caso gli spetta l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 16. 5. Le disposizioni della presente sezione non trovano applicazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Art. 14. Divieti 1. E' vietato il ricorso al lavoro intermittente: a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi a norma degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente, ovvero presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente; c) ai datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Art. 15. Forma e comunicazioni 1. Il contratto di lavoro intermittente è stipulato in forma scritta ai fini della prova dei seguenti elementi: a) durata e ipotesi, oggettive o soggettive, che consentono la stipulazione del contratto a norma dell'articolo 13; b) luogo e modalità della disponibilità, eventualmente garantita dal lavoratore, e del relativo preavviso di chiamata del lavoratore, che non può essere inferiore a un giorno lavorativo; c) trattamento economico e normativo spettante al lavoratore per la prestazione eseguita e relativa indennità di disponibilità, ove prevista; d) forme e modalità, con cui il datore di lavoro è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché modalità di rilevazione della prestazione; e) tempi e modalità di pagamento della retribuzione e della indennità di disponibilità; f) misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto. 2. Fatte salve le previsioni più favorevoli dei contratti collettivi, il datore di lavoro è tenuto a informare con cadenza annuale le rappresentanze sindacali aziendali o la rappresentanza sindacale unitaria sull'andamento del ricorso al contratto di lavoro intermittente. 3. Prima dell'inizio della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni, il datore di lavoro è tenuto a comunicarne la durata alla direzione territoriale

Pelo novo regramento italiano, foi mantida a possibilidade de o contrato de trabalho intermitente ser celebrado tanto por prazo determinado como por prazo indeterminado. É o que se verifica em seu artigo 13, que também traz a previsão de que as atividades que comportarão a referida modalidade contratual serão as definidas em acordos coletivos, sendo que na omissão, a previsão caberá ao ministério do trabalho, através de portaria.

Quanto aos limites etários para o trabalhador poder ser intermitente, o novo regramento manteve o cabimento exclusivamente para menores de 25 anos e passou a outra hipótese para trabalhadores maiores de 55 anos, aumentando em dez anos o

del lavoro competente per territorio, mediante sms o posta elettronica. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, possono essere individuate modalità applicative della disposizione di cui al primo periodo, nonché ulteriori modalità di comunicazione in funzione dello sviluppo delle tecnologie. In caso di violazione degli obblighi di cui al presente comma si applica la sanzione amministrativa da euro 400 ad euro 2.400 in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione. Non si applica la procedura di diffida di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124. Art. 16. Indennità di disponibilità 1. La misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, è determinata dai contratti collettivi e non è comunque inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. 2. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo. 3. L'indennità di disponibilità è assoggettata a contribuzione previdenziale per il suo effettivo ammontare, in deroga alla normativa in materia di minimale contributivo. 4. In caso di malattia o di altro evento che gli renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata, il lavoratore è tenuto a informarne tempestivamente il datore di lavoro, specificando la durata dell'impedimento, durante il quale non matura il diritto all'indennità di disponibilità. Ove non provveda all'adempimento di cui al periodo precedente, il lavoratore perde il diritto all'indennità per un periodo di quindici giorni, salvo diversa previsione del contratto individuale. 5. Il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata può costituire motivo di licenziamento e comportare la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo al rifiuto. 6. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, è stabilita la misura della retribuzione convenzionale in riferimento alla quale il lavoratore intermittente può versare la differenza contributiva per i periodi in cui ha percepito una retribuzione inferiore a quella convenzionale ovvero ha usufruito dell'indennità di disponibilità fino a concorrenza del medesimo importo. Art. 17. Principio di non discriminazione 1. Il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati e a parità di mansioni svolte, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello. 2. Il trattamento economico, normativo e previdenziale del lavoratore intermittente, è riproporzionato in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, nonché delle ferie e dei trattamenti per malattia e infortunio, congedo di maternità e parentale. Art. 18. Computo del lavoratore intermittente 1. Ai fini dell'applicazione di qualsiasi disciplina di fonte legale o contrattuale per la quale sia rilevante il computo dei dipendenti del datore di lavoro, il lavoratore intermittente è computato nell'organico dell'impresa in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre.

referido limite. Há um limite máximo de dias de trabalho para o empregado, observado o período de três anos, qual seja, no máximo 400 dias trabalhados a cada três anos civis, sendo que extrapolado tal limite o contrato passa ser por prazo indeterminado.

Quanto as proibições, elas não sofreram mudanças, sendo vedada a adoção do trabalho intermitente para substituição de trabalhadores em greve, em empresas que tenham promovido dispensa coletiva nos seis meses anteriores e nas empresas que não tenham realizado a avaliação de risco exigida pela legislação sobre a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores.

O novo regramento mantém a obrigatoriedade de adoção da forma contratual escrita, com o objetivo de provar a duração do mesmo e as hipóteses, sejam elas objetivas ou subjetivas, que permitam a estipulação do contrato, o local e a forma de disponibilidade, eventualmente garantida pelo trabalhador, bem como a antecedência do aviso de convocação do trabalhador, que não pode ser inferior a um dia útil, tratamento econômico e regulamentar ao trabalhador pelo serviço prestado e subsídio para a disponibilidade relativa, quando aplicável; formas e métodos pelos quais o empregador tem o direito de solicitar a execução da prestação do trabalho, bem como métodos de registo da prestação, o calendário e formas de pagamento da remuneração e do subsídio de disponibilidade e por fim as medidas de segurança necessárias em relação ao tipo de atividade prevista no contrato.

Em relação a disciplina anterior da matéria não se viu significativa mudança, sendo mantido o exíguo prazo mínimo de um dia útil de antecedência para convocação do trabalhador. Foi mantida a obrigação das empresas informarem anualmente ao sindicato dos empregados as contratações efetuadas sob a modalidade intermitente. Destaque-se ainda a obrigatoriedade de comunicar às autoridades os novos contratos, antes do início da execução do trabalho ou de um ciclo integrado de serviços com duração não superior a trinta dias. O descumprimento de tal obrigação sujeita o empregador a multa de 400 a 2400 euros por cada empregado que teve sua contratação não comunicada. A obrigação de comunicação às autoridades sujeitando o empregador a imposição de multa pecuniária em caso de omissão é uma novidade do novo regramento.

Para os períodos em que o trabalhador fica à disposição do empregador, desde que haja obrigatoriedade contratual do trabalhador atender ao chamado, é devido um pagamento de parcela chamada de subsídio de disponibilidade. Referido valor hora é definido por acordo coletivo e em nenhuma hipótese poderá ser inferior ao valor estipulado pelo Ministério do Trabalho. A novidade em relação a disciplina anterior é que o subsídio de disponibilidade fica agora sujeito a incidência de contribuição

previdenciária. Em caso de doença que impossibilite o trabalho, deverá o empregado informar o impedimento imediatamente, bem como a previsão de afastamento, hipótese na qual o subsídio de disponibilidade será suspenso. Se não comunicar o impedimento ao empregador, perde o empregado o direito ao subsídio de disponibilidade por quinze dias, salvo disposição contratual em contrário.

Merece destaque a inserção de um artigo para impedir a discriminação do trabalhador intermitente. A norma prescreve que o trabalhador intermitente não deve receber, pelos períodos trabalhados e pelas mesmas funções desempenhadas, tratamento econômico e regulamentar globalmente menos favorável que o trabalhador do mesmo nível, sendo assim, o intermitente não poderá, proporcionalmente ao tempo trabalhado, ter remuneração inferior ao trabalhador regular que exerça as mesmas funções naquela empresa.

Conclusão

Após o estudo da legislação espanhola, portuguesa e italiana sobre a figura do contrato de trabalho intermitente, podemos concluir que a figura introduzida no Brasil pela reforma trabalhista de 2017, caso não seja declarada integralmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5826, exige aperfeiçoamentos já presentes no direito comparado, afinal para o Brasil veio apenas o que de pior havia em termos de modelo.

Nos cabe aqui destacar o que merece ser modificado, com o objetivo de minimizar a precariedade absoluta da figura brasileira, que no presente não traz qualquer garantia para o trabalhador, sendo a principal dificuldade a ausência de uma previsão de renda mínima, seja pela ausência de obrigatoriedade de um mínimo de convocações para prestar serviço, seja porque não há previsão de qualquer pagamento pelo período de disponibilidade do trabalhador, enquanto aguarda as convocações.

Primeiramente, merece registro o fato de que no ordenamento jurídico da maioria dos estados analisados, em especial Portugal e Itália, a definição das atividades que comportam o trabalho intermitente cabe precipuamente à negociação coletiva. Tal previsão deveria estar presente na legislação nacional, evitando assim a adoção indiscriminada da figura, em desprestígio à regra geral ainda presente em nosso ordenamento, de que a prevalência deva ser dos contratos de trabalho celebrados por tempo indeterminado, com garantia de uma renda mensal mínima.

Sobre os limites ao trabalho intermitente trazidos pela legislação italiana, COLUMBU (2019, p.100) comenta:

“O primeiro limite, no entanto, consiste na obrigatoriedade do respeito das hipóteses objetivas, que legitimam o recurso ao contrato intermitente, ou seja, pontuais exigências individuadas pelas organizações sindicais ou por específica tabela disposta pelo Ministério do Trabalho”.

Segundo dados oficiais (NOVO CAGED, 2020), em agosto de 2020 houve um saldo positivo de 249.388 novos postos de emprego no Brasil, sendo 8.246 empregos na modalidade intermitente, envolvendo 3.330 estabelecimentos contratantes. Desse total, 132 empregados celebraram mais de um contrato na condição de trabalhador intermitente.

As novas vagas criadas para trabalho intermitente não significam melhoria no padrão de dignidade da classe trabalhadora, afinal, no modelo jurídico brasileiro de trabalho intermitente, nem mesmo renda mensal mínima está garantida, o que vale dizer que a pessoa pode estar empregada e não ter qualquer renda, afinal somente quando houver trabalho terá remuneração.

É necessário destacar que a proteção ao trabalhador na relação de emprego é medida que encontra seu fundamento no princípio da proteção, sendo necessário garantir aos trabalhadores uma garantia mínima de renda pelo fato de ficar à disposição do empregador, pela disponibilidade. Sobre a proteção, temos a lição de DELGADO (2001, p.23):

“O princípio tutelar influi em todos os seguimentos do Direito Individual do Trabalho, fluindo na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetiva-retificadora o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente”.

Conforme palavras de CID (2017, p.57) o contrato de trabalho intermitente bem reflete o seguinte contexto:

“que intimida os trabalhadores a aceitarem as circunstâncias, visto que, pela lógica atual, é melhor ter um emprego e ganhar algo do que estar desempregado. De acordo Zygmunt Bauman: (...) ameaçar com o desemprego ou recusar o emprego permite conquistar ou manter o domínio com um gasto de energia, tempo e dinheiro muito inferior ao exigido para controlar e vigiar de maneira invasiva. A ameaça do desemprego desloca o ônus da prova para parte adversa, ou seja, para os dominados”

Sobre a tão apregoada liberdade para escolher quando trabalhar, merece transcrição a observação de VEIGA (2019, p.25):

“Quanto à alegada liberdade para trabalhar nos horários e dias que lhe convém, creio que, no cotidiano, isso será quase impossível, pois o trabalhador intermitente dificilmente conseguirá assumir compromissos de trabalho com outro empregador quando deve estar disponível para responder às solicitações (imprevisíveis) do empregador nos períodos de inatividade”.

Fica a constatação de que o contrato de trabalho intermitente brasileiro demanda em sua previsão normativa a indicação de que as hipóteses de cabimento deverão ser restritivas e dependentes de ratificação pelos atores coletivos da relação de trabalho, não cabendo sua adoção de forma irrestrita, em prejuízo da contratação regular por prazo indeterminado.

Também merece atenção a necessidade urgente de previsão normativa de remuneração do trabalhador intermitente pelo período de disponibilidade aguardando o chamado do empregador, como medida de garantia de um patamar mínimo de dignidade ao mesmo. Não há legislação que não comporte uma atualização quando se constata que a mudança se faz necessária. Temos o exemplo da Itália, que conforme demonstramos, em breve espaço temporal, promoveu mudanças em seu diploma normativo.

Referências

ALVES, A. C. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 54-73, dez. 2018/jan. 2019. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150638>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Novo Caged**. Disponível em <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/trabalho/setembro/novo-caged-brasil-tem-segundo-mes-positivo-consecutivo-na-geracao-de-empregos>>. Acesso em: 03.11.2020.

BRASIL. **Lei 13467, de 13 de julho de 2017**. Brasília. Senado Federal. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 11.04.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11.04.2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13467/2017**. 15ªed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

CID, Clarissa Felipe. **Contrato de trabalho intermitente e a precarização do direito do trabalho**. Revista Forum Justiça do Trabalho, nº398, 2017, p. 57-66.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Contrato de trabalho intermitente: direito europeu, legislação brasileira e jurisprudência pátria (primeiros casos)**. In Contratos Flexíveis na Reforma Trabalhista, RTM. 2019.

COLUMBU, Francesca. **O trabalho intermitente na legislação laboral italiana e brasileira**. Revista de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, ISSN 2674-7324, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. LTr- São Paulo: 2001.

ESPAÑA. **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro. Ley del Estado de los Trabajadores.** Disponível em <<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>>. Acesso em 10.04.2021.

ITÁLIA. **Decreto Legislativo nº 276/2003.** Disponível em <<https://www.cliclavoro.gov.it>>. Acesso em: 20.10.2020

ITÁLIA. **Decreto Legislativo 81/2015.** Disponível em <<https://www.cliclavoro.gov.it>>. Acesso em: 20.10.2020

MAEDA, Patrícia. **Contrato de trabalho intermitente: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante.** In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MENDES, Márcia Cristina Sampaio (coord.). Reforma Trabalhista. Ribeirão Preto: Migalhas, 2017.

NOVA ZELÂNDIA, **Employment Relations Amendment Act 2016.** Disponível em <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2016/0009/11.0/DLM6774103.html>>. Acesso em 10.04.2021.

PORTUGAL. **Lei 7/2009. Código do Trabalho.** Disponível em <<https://dre.pt>>. Acesso em 29.09.2020.

REINO UNIDO. **National Minimum Wage Act 1998.** Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/39/contents>>. Acesso em 05.09.2019.

VEIGA, Aloysio Correa da. **Reforma trabalhista e trabalho intermitente.** Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 8, n. 74 (dez. 2018/jan. 2019)

A universalização das decisões dos tribunais superiores brasileiros na aplicação do Direito do Consumidor aos contratos bancários¹

Francisco Vieira Lima Neto

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP - 2003), Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ-1997), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES-1986). Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), nos cursos de graduação e pós-graduação. Procurador Geral da mesma Universidade desde 2005. Foi Coordenador do Mestrado em Direito dessa instituição de ensino de 03/2006 a 03/2008. É Procurador Federal (Advocacia Geral da União).

Valesca Raizer Borges Moschen

Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona (UB- 2001), Graduada pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES-1991), Professora da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Subcoordenadora do Programa de Mestrado em Direito Processual PPGDIR/UFES. Membro coordenador do Grupo de Estudos Labirinto da Codificação do Direito Internacional Privado e da Rede de Processo Civil Ibero-americana de Processo Civil Internacional.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a universalização das decisões judiciais. 3.O sistema de precedentes dos tribunais superiores no Brasil. 4. Os contratos bancários e sua relação com o Direito do consumidor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4.1. (In) competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de aplicação do Direito do consumidor nos contratos bancários. 4.2. Da vinculação e universalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4.3.Os Recursos Especiais e a racionalização das decisões em matéria de aplicação do Direito do consumidor em contratos bancários.5. Considerações Finais.

¹ O presente artigo é produto da pesquisa intitulada "*La protección de los consumidores y usuarios en el sector bancario*", coordenada pelo professor David Vallespin e se insere na rede de colaboração entre a Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e a Universidade de Barcelona – UB.

1. Introdução:

A constitucionalização do processo civil brasileiro – motivada pela transição do modelo de Estado de liberal para social e a consagração do Estado Constitucional Democrático² - iniciada com o advento da Constituição de 1988, consolida-se com a promulgação do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, o primeiro código processual a vigor em plena democracia³.

O CPC de 2015 representou uma ruptura com o paradoxo metodológico até então existente, no sistema processual brasileiro, baseado em uma tradição de *civil law*, de direito romano germânico. Entre as inovações ocasionadas pela nova codificação, aponta-se a consagração da constitucionalização do processo civil como marca fundamental do novo sistema nacional. Essa consagração se observa na própria leitura do *caput* do artigo primeiro do CPC de 2015¹³:

Art. 1º “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código⁴.”

O reconhecimento da força normativa da constituição, por sua vez, permitiu a aclamação e a expansão de direitos fundamentais, exigindo dos órgãos jurisdicionais uma postura mais ativa e criativa⁵. Noutros termos, se o Direito é a realização do Direito, conhecer como os tribunais brasileiros julgam – ou julgaram, se já consolidada a sua posição – é imprescindível para conhecer o que é, afinal, o direito deste país.

² O Estado Democrático Constitucional representa a passagem dessa virtual contraposição entre o Estado Liberal e o Estado Social, indicando um modelo pluralista e participativo de gestão da democracia. Não só o Judiciário toma parte nesse processo, também são chamadas todas as demais instâncias de poder, estatais ou não. ZANETI, Hermes. **O novo processo civil brasileiro e a constituição**. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. Salvador: JusPodivum, 2016. p. 34.

³ Sobre as três principais marcas de inovação do CPC 2015 vid. MOSCHEN, Valesca / BARBOSA, Luiza. “O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transacional: uma análise da consonância da harmonização processual”. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Ano 12, vol.19, nº2, Maio a Agosto de 2018, pp.200-228.

⁴ Art.º 1º Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

⁵ DIDIER, Jr. Fredie, **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil parte geral e processo de conhecimento**, 17ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2015, p.153.

Esse protagonismo do Judiciário brasileiro⁶, suas causas, contornos, problemas e consequências, constitui objeto de inúmeros estudos pelos cientistas sociais das mais variadas áreas⁷; entretanto, para o que interessa neste artigo, basta a comprovação de que é impossível se entender hoje o que é o Direito brasileiro sem se compreender quais são os precedentes judiciais sobre o assunto em análise.

Conforme Hermes Zaneti⁸ os precedentes representam, sem dúvida, uma das maiores mudanças da nova legislação brasileira, “a mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (precedentes vinculantes)”.

Neste sentido, buscar-se-á refletir sobre a trajetória de decisões jurisprudenciais de natureza vinculante, logradas a partir da utilização dos precedentes judiciais e de outros institutos processuais, na solução de conflitos relacionados à aplicação do direito do consumidor em matéria de contratos bancários.

A análise parte do método dedutivo e se desenvolve, primeiramente, apontando as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, como exemplificam a introdução no âmbito da codificação brasileira de instrumentos destinados à promoção da racionalização das decisões judiciais e sua universalização no sistema nacional. Posteriormente, o artigo adentra na temática da relação entre o Direito do consumidor e os contratos bancários, mediante a observação da trajetória da harmonização de decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros, a saber, o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

⁶ Naturalmente, outros países também possuem Judiciário que profere decisões de forte impacto econômico, como por exemplo, a sentença do Supremo Tribunal da Espanha de 3 de outubro de 2018 que fixou como *doctrina legal* que “*Las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social están exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*”.

⁷ Merece destaque as pesquisas sobre os impactos das decisões judiciais sobre a Economia; neste sentido, a obra organizada por Armando Castelar Pinheiro, dentre outros, CASTELAR, A., org. **Judiciário e economia no Brasil [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: SciELO Books <<http://books.scielo.org>. Acesso em: 01 de Maio de 2019.

⁸ ZANETI, Hermes Jr., Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais, **Cuadernos Jurídicos lus et Tribunais**, año I, nº 1, enero-diciembre 2015, p.35.

2. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a universalização das decisões judiciais.

O Direito processual civil a partir da segunda metade do século XX, não permaneceu imune às transformações metodológicas do pensamento jurídico contemporâneo⁹ acarretadas, em particular, pela incorporação da teoria dos princípios, sobretudo desenvolvida pelos autores Ronald Dworkin¹⁰ e Robert Alexy¹¹.

Entre as marcas inovadoras do pensamento jurídico e desde a perspectiva do direito processual civil, estão, conforme Fredie Didier¹², a constatação da força normativa da constituição, o desenvolvimento da teoria dos princípios de forma a reconhecer a sua eficácia e, em especial, a admissão da mudança hermenêutica do processo civil e a consequente admissão do papel criativo e normativo da atividade jurisprudencial.

Diante dessa atual complexidade do pensamento jurídico e das necessidades por ele ocasionadas, foi instituído no Senado Brasileiro, em 2009, um projeto de reforma da codificação processual civil brasileira. O anterior Código de Processo Civil era datado de 1973¹³ e se baseava em uma visão tecnicista do Direito processual civil, que “aos poucos se demonstrou pouco eficiente para lidar com os problemas pragmáticos, em face a diversos déficits operacionais e administrativos do Poder Judiciário brasileiro ¹⁴.”

O direito processual promovido pelo código de 1973 vinha aos poucos reconhecendo a jurisprudência com força normativa, mas era uma recepção mitigada do *stare decisis* — regra que, no *common law*, determina a vinculação dos juízes e tribunais ao que foi decidido anteriormente— nada comparado com as dimensões que a nova legislação processual apresenta na atualidade¹⁵.

Diante da tendência de convergência das tradições de *civil law* e *common law*, presente no século XX, tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito

⁹ DIDIER, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**, vol.1., 17 ed., Salvador:Ed. Juz Podivum, 2015, p.41.

¹⁰ DWORKING, Ronald, **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

¹¹ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Trad. Virtgílio Afonso da Silva, São Paulo:Malheiros, 2008.

¹² DIDIER, Fredie, Op cit., p.41.

¹³ Lei nº 10.406 de 1º de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

¹⁴ PICARDI, Nicola / NUNES, Dierle, O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma, **Revista de Informação Legislativa**, ano 48, nº190, abr./jun, 2011, p.100.

¹⁵ ZANETI, Hermes Jr., Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais, **Cuadernos Juridicos, Ius et Tribunalis**, año I, vol 1, enero-diciembre, 2015, p. 32.

jurisprudencial¹⁶, concentrando, nas propostas de reformas do sistema processual brasileiro, seus esforços na uniformização da jurisprudência através de “standers interpretativos” diante da multiplicidade de casos levados ao judiciário nacional.

Conforme Wambier “o que fez o legislador de 2015, portanto, foi dar maior racionalidade ao tratamento da litigiosidade de massa desde as instâncias ordinárias, criando o microssistema do julgamento de casos repetitivos¹⁷”. Essa ampliação do sistema de precedentes no Brasil adotado com a edição do novo Código de Processo Civil, constituiu um novo paradigma para a promoção do princípio da racionalidade do direito, a partir da regra de universalização de decisões. E, ao mesmo tempo, buscou reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial subjetivista e decisionista, conforme advoga Hermes Zaneti Jr. :

a universalização exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um *pesado ônus argumentativo* decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente (ônus argumentativo e pretensão de correção).

Neste sentido, interessa analisar a trajetória de incorporação dessa tendência de universalização de decisões judiciais na procura de uma maior racionalidade e segurança jurídica para o sistema jurídico brasileiro.

3. O sistema de precedentes dos tribunais superiores no Brasil.

O conjunto dos precedentes dos tribunais superiores no Brasil (a chamada *jurisprudência dos tribunais superiores*) assumiu desde a década de 90 uma força antes nunca vista, passando a constituir um elemento normativo e, muitas vezes, criador do Direito, a ponto de Bruno Dantas¹⁸, jurista que desempenhou relevante papel na elaboração do projeto do atual Código de Processo Civil (2015), afirmar que o Brasil

¹⁶ PICARDI, Nicola/ NUNES, Dierle, O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. Op.cit., p.108.

¹⁷ WAMBIER, Luiz R. / RODRIGUES, Dayane V. “Incidente de resolução de demandas repetitivas: aspectos gerais e admissibilidade no TJDF, TJSP, TJRJ, TJRS e TJPR”, **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, ano 13, vol.20, nº 1., janeiro a abril de 2019, p.341.

¹⁸ DANTAS, Bruno. **Novas tendências do Processo Civil - Estudos sobre o projeto do novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2014, p.645.

caminha na direção contrária à da doutrina dos países anglo-saxões, nos quais a crítica à regra do *stare decisis* vem se sobressaindo:

Tentando fazer uma rudimentar comparação entre a doutrina do precedente dos países da *common law* e a eficácia persuasiva e vinculante da súmula do sistema brasileiro, observamos que a teoria atenuada da doutrina do precedente aponta um meio termo entre força persuasiva e vinculante da súmula. Interessante notar que o caminho ora trilhado pelo Brasil é diametralmente oposto ao que seguem os Estados Unidos e, mais recentemente, a Inglaterra.

Esse apego aos precedentes se explica pela necessidade de dotar o sistema de uma segurança jurídica que se encontra esgarçada desde a democratização do país, processo que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ora em vigor com muitas emendas. Nomeada na época de *Carta Cidadã*, um diploma legal que se tornou uma esperança para muitos de concretização de direitos sociais e individuais, ela constituiu um fator de incremento da propositura de ações judiciais em busca dos mais variados direitos nela previstos, os quais nem o Estado nem os agentes econômicos possuíam condições materiais de satisfazer.

Essa previsão de inúmeros direitos sem apontar os recursos necessários para satisfazê-los provocou, como era de se esperar, uma gigantesca enxurrada de demandas que, com algum exagero, pode-se dizer que afogou o Judiciário que se vê hoje incapacitado de julgar os milhões de processos que lá se encontram¹⁹.

Se essa demanda avassaladora de busca pela densificação de interesses e direitos oriunda da sociedade, ou seja, a *judicialização da vida cotidiana*, dificultou – segundo alguns, inviabilizou – a atividade do magistrado, ao mesmo transformou o Judiciário em um ator estatal de relevo nunca antes visto, transformando os Tribunais de meros *operadores do Direito* em verdadeiros *criadores de normas*.

Evidentemente, essa mudança acarretou todos os questionamentos e impactos que esse fenômeno pode provocar em um sistema político que se baseia na democracia representativa e no sufrágio universal, como é o caso do Brasil, onde os juízes não são

¹⁹ Para um panorama fiel do enorme volume de processos, indica-se **Justiça em Números 2018**, do Conselho Nacional de Justiça <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>, banco de dados imprescindível para conhecer o Judiciário brasileiro. Acesso em : 01 de Maio de 2019.

eleitos por voto popular²⁰, suscitando intensos debates acerca dos limites e da legitimidade das decisões judiciais, principalmente quando relativas a direitos sociais e econômicos, que, como se sabe, dependem, para sua concretização, de recursos materiais e financeiros e não apenas de documentos (as leis e as sentenças)²¹.

Não se trata de uma adesão incondicional ao *pragmatismo jurídico*, mas sim reconhecer que a jurisprudência brasileira hoje ultrapassou o seu caráter inicial de força persuasiva para assumir uma *natureza normativa*, distante de vários países do sistema do direito legislado (*civil law*). E mais: isso ocorreu por decisão expressa do legislador.

Como um paralelo à *doctrina legal* da Espanha, que concede força normativa a algumas decisões do Supremo Tribunal, temos no Brasil a denominada *Súmula Vinculante*, inserida no nosso sistema constitucional pela Emenda nº 45/2004 e regulamentada pela Lei Federal nº 11.417/2006 que dota algumas decisões (acórdãos) do Supremo Tribunal Federal de adoção obrigatória, de modo que decisões contrárias a ela serão cassadas:

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.²²

²⁰ No Brasil, atualmente válido o alerta de Robert H. Bork, ao afirmar que, nos EUA, tanto o Poder Judiciário como as faculdades de direito vêm lutando e sofrendo com a *tentação da política*, como bem lembrou Néviton Guedes in GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em: 01 de Maio de 2019.

²¹ Uma avaliação do constitucionalismo na América Latina pode ser vista em GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**. Vol. 4: 1 ss. 1, 2014. pp. 32-56.

²² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

4. Os contratos bancários e sua relação com o Direito do consumidor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O panorama constitucional brasileiro erigido após a Constituição cidadã de 1988 rompeu com os paradigmas metodológicos e hermenêuticos do Direito Civil brasileiro e o conseqüente abandono de uma tradição patrimonialista inspiradora do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.404 de janeiro de 2002.

Obviamente nesse contexto de ruptura de uma concepção do Direito civil se incorporam os contratos em geral, agora vinculados a uma preocupação com os direitos fundamentais resguardados constitucionalmente.

Não obstante a afirmação acima realizada, persiste no sistema brasileiro uma certa reticência na adequação dos contratos bancários às regras do direito consumerista. Além de um *lobby* bastante relevante por parte das instituições financeiras nacionais, também a doutrina se coloca dicotômica quanto à possibilidade de incidência do Direito do Consumidor aos contratos bancários.

Como é observado dos argumentos elencados pelo do Prof. Arnaldo Wald, ao defender a não aplicação do Direito do consumidor aos contratos de natureza bancária, não existiria a relação de consumo entre a instituição bancária e o tomador cliente (pessoa jurídica ou física) "já que o crédito objeto da relação não poderia ser usado pelo destinatário final, destina-se à circulação como meio de pagamento"²³.

Em sentido contrário Luiz Rodrigues Wambier²⁴, ao defender que "não se pode excluir da incidência das normas do CDC os contratos de crédito, cujos recursos sejam tomados pelo consumidor para fazer frente às suas despesas de produção ou de consumo".

Sendo assim, coube aos tribunais brasileiros a determinação dos limites e da extensão da relação entre direitos do consumidor e contratos bancários no Brasil. Interessa, então, a análise da racionalização de decisões de massa e repetitivas levadas aos âmbitos dos tribunais superiores do Brasil, que construíram um arcabouço

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²³ WALD, Arnaldo. O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. **Revista dos Tribunais**, vol.666, abril, 1991, p.7-17.

²⁴ WAMBIER, Luiz R. Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor" **Revista dos Tribunais**, Vol.18, Abr./Jun.1996, pp.125-132.

jurisprudencial destinado à harmonização entre os desafios atuais do direito contratual *vis a vis* os limites e eventual utilização do direito do consumidor. Tema a ser tratado a seguir.

4.1. (In) competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de aplicação do Direito do consumidor nos contratos bancários.

No que tange aos contratos bancários e sua relação com o Direito do Consumidor, uma das principais questões atinentes à atuação dos tribunais superiores no Brasil diz respeito à determinação da competência material na resolução do conflito. O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem se recusado a decidir os casos que lhe são enviados sobre a temática, pois entende que se trata de matéria infraconstitucional, que, segundo a Constituição Federal, não lhe compete apreciar.

Diversos foram os julgados que corroboraram com tal entendimento, dentre os quais o Recurso Extraordinário com Agravo, de 11/12/2012, ARE 708836 AgR/ SP - SÃO PAULO AG.REG. Ministro relator DIAS TOFFOLI²⁵, referente à cobrança bancária acessória aos contratos bancários pela instituição financeira Santander. Veja:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do Consumidor. Tarifas bancárias. Cobrança. Ausência de repercussão geral da matéria. Questão adstrita ao âmbito infraconstitucional. Precedentes. 1. O Plenário desta Corte, em sessão realizada por meio eletrônico, no julgamento do ARE nº 675.505/RJ, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela ausência da repercussão geral do tema relativo à possibilidade de cobrança de taxas e tarifas bancárias administrativas, acessórias aos contratos bancários, à luz do Código de Defesa do Consumidor, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 2. Agravo regimental não provido.

No mesmo sentido, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário RE 864505 AgR/ ES - ESPÍRITO SANTO, de 17/03/2015, também de relatoria do Ministro DIAS TOFFOLI²⁶

²⁵ DJe-025 DIVULG 05-02-2013 PUBLIC 06-02-2013.

²⁶ DJe-068 DIVULG 10-04-2015 PUBLIC 13-04-2015.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Civil e do Consumidor. Prequestionamento. Ausência. Responsabilidade civil. Tarifas bancárias. Cobrança. Indenização. Valor. Discussão. Ausência de repercussão geral dos temas. Legislação infraconstitucional. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame do ARE nº 675.505/RJ, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à possibilidade de cobrança de taxas e tarifas bancárias administrativas, acessórias aos contratos bancários, à luz do Código de Defesa do Consumidor, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 3. O Supremo Tribunal Federal, analisando o ARE nº 743.771/SP-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, assentou a ausência de repercussão geral da questão relativa à "modificação do valor fixado a título de indenização por danos morais", uma vez que essa discussão não alcança status constitucional. 4. Agravo regimental não provido.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal se viu compelido a decidir ação que a ele chegou por meio de Recurso²⁷, proposta por associações de consumidores que visavam

²⁷ No Direito Brasileiro, a Corte Constitucional, composta por 11 magistrados, chamados *Ministros*, possui competência original para julgar algumas matérias, mas detém também recursal, o que a torna um repositório de milhares de processos que simplesmente impedem um julgamento célere ou às vezes impedem qualquer tipo de decisão dado o volume de ações. Constituição Federal, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

ao pagamento de diferenças oriundas de uma alegada incorreta aplicação de índices de correção da moeda²⁸. Trata-se do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.363/SÃO PAULO,

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²⁸ O Brasil, assim como vários países da América Latina, sofreu na década de 80 e 90 com inflação que alcançou 84% ao mês, o que forçava os governos a experimentar, periodicamente, políticas e medidas

cujo fundamento de fático foi assim reduzido pelo Relator Ministro Gilmar Mendes em 05 de fevereiro de 2018:

Trata-se de processo-paradigma da repercussão geral, em que se discute o direito a diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança por alegados expurgos inflacionários decorrentes dos valores bloqueados pelo Banco Central do Brasil no contexto do Plano Collor I (tema 284).

Por meio do eDOC 110, a Advocacia-Geral da União (AGU), em conjunto com algumas entidades de representação dos poupadores, como a Frente Brasileira pelos Poupadores (FEBRAPO) e o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), bem como a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) e a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), noticiam a realização de acordo para solucionar as inúmeras controvérsias relativas a diferenças de correção monetária em depósitos de poupança decorrentes da implementação de vários planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II). Diante do exposto, requerem a homologação do referido termo de acordo.”

Importante frisar que, em processos anteriores²⁹, o Supremo já havia homologado acordos em processos de idêntica natureza, de sorte que a matéria não foi decidida em seu mérito, permanecendo, portanto, a posição atual de que não cabe à Corte Suprema decidir conflitos envolvendo contratos bancários e sua relação com o Direito do Consumidor, dada a natureza infraconstitucional da matéria³⁰.

(*Planos Econômicos*) na esperança de redução da corrosão do poder de compra da moeda. Esses Planos acabavam gerando uma série de problemas jurídicos de interpretação relacionados a direito adquirido a reajustes salariais e de investimentos, em especial de poupadores.

²⁹ RE 591.797; RE 626.307; RE 631.363; RE 632.212.

³⁰ Não obstante, merece ser ressaltado o fato de que, nessas demandas relativas a Planos Econômicos, embora a causa de pedir imediata tivesse alguma relação com contratos bancários e direito do consumidor – embora alguns fossem relativos a fatos anteriores à instituição de uma legislação consumeristas no Brasil (o Código de Defesa do Consumidor é de 1990), a questão mais relevante se referia à violação ou não de atos jurídicos perfeitos por norma de ordem pública econômica, de modo que a lide ultrapassava a mera relação privada entre banco e investidor.

4.2. Da vinculação e universalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Afastada a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento de ações relativas a contratos bancários e sua eventual interação com o Direito do Consumidor, resta saber quais precedentes teremos que buscar.

Considerando que o Brasil é uma Federação, uma República Federativa, mas que os entes federados (Estados e Municípios e o Distrito Federal) não possuem competência para legislar sobre contratos, pois a matéria de direito civil e bancário é reservada à União, o constituinte autor da Carta de 1988 reconheceu a necessidade de se garantir uma interpretação e uma aplicação da lei federal a mais uniforme possível pelos tribunais estaduais e federais. Por conseguinte, foi concebido e criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja competência constitucional elenca como função precípua garantir que as leis da Federação sejam aplicadas de maneira harmônica a todo o enorme território da nação brasileira.³¹

Com o objetivo de garantir que as cortes estaduais e federais adotem um posicionamento tão uniforme quanto possível, o Código de Processo Civil brasileiro (2015) reforçou o comando de que os precedentes do STJ devem ser observados, embora não exista no texto constitucional regra vinculando os magistrados, diferentemente do que ocorre com Súmula Vinculante antes mencionada, só adotada para os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a legislação infraconstitucional, no caso o Código de Processo Civil, exige que os juízes e tribunais adiram à jurisprudência do STJ, situação a partir da qual nos parece legítimo concluir que afirmar que tais precedentes são meramente elementos persuasivos não condiz com a realidade atual do sistema jurídico, que lhe outorgou caráter (quase) normativo:

³¹ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 20

Código de Processo Civil³²:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

II - **os fundamentos**, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte**, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

(...)

Art. 927. Os **juízes** e os **tribunais observarão**:

(...)

IV - os enunciados das **súmulas** do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do **Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional**;

O vocábulo “observarão” empregado pelo legislador no *caput* do art. 927 acima transcrito significa, inegavelmente, “cumprirão”, “adotarão”, “aplicarão”, até mesmo porque não se conceberia a hipótese de um magistrado deixar de cumprir decisão ou Súmula Vinculante do STF (incisos I e II).

Neste sentido, Hermes Zaneti concebe que

Há, nestes dispositivos, a clara obrigatoriedade de os juízes e tribunais de aplicarem as próprias decisões e as decisões dos tribunais superiores, principalmente, como normas — não como conselhos ou boas razões, mas levando a sério as decisões judiciais anteriores, já que estas passam a ser obrigatórias para o caso concreto e para os casos futuros, em um duplo discurso jurídico (discurso da decisão do caso concreto e discurso do precedente).

³² Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 01 de maio de 2019.

4.3. Os Recursos Especiais Repetitivos e a racionalização das Decisões em matéria de aplicação do Direito do Consumidor em contratos bancários.

Como afirmado no início deste trabalho, a preservação da Federação e do poder da União se perfaz, no caso do Brasil, dentre outras medidas, pela aplicação da mesma norma (a lei federal) em todo o território nacional. Obviamente, como cabe ao Judiciário dizer o sentido e os limites de cada Lei³³, a unidade da Federação não pode conviver com uma força centrífuga consistente em interpretações as mais variadas de um mesmo dispositivo legal de cada um dos 27 tribunais estaduais brasileiros, além de 5 tribunais regionais federais³⁴.

Assim, o legislador introduziu no sistema processual brasileiro outra ferramenta para tentar garantir a tão desejada segurança jurídica, valor tão precioso, especialmente em matéria de Direito Contratual: o sistema de Recurso Especial Repetitivo, o qual consiste em permitir que o STJ pince um dos milhares de processos em tramitação no país e decida a matéria, sinalizando, com isso, o seu posicionamento, o que, pelo menos em tese, possibilitaria que todos, depois dessa decisão, todas as milhares de ações que aguardam julgamento tenham o mesmo desfecho, pois, como vimos acima, o Código de Processo Civil determina que a jurisprudência dos Tribunais Superiores seja adotada pelas cortes e juízes de instância inferior.

Conforme Wambier³⁵,

ainda na vigência do CPC/73, através das Leis 11.418/2006 e 11.672/2008, que acrescentaram ao antigo Código de Processo Civil os artigos 543-B e 543-C, introduziu no sistema processual os procedimentos para julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Entretanto é somente com a edição do Código de Processo Civil de 2015 que as soluções de demandas em massa passam a ser objeto de um subsistema codificado destinado a permitir a racionalidade e universalidade de decisões na promoção da isonomia e segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro. Neste sentido, como afirma Hermes

³³ Afinal, sem querer adentrar no debate sobre os poderes e o papel do Judiciário, se simples reprodutor da Lei ou se, de fato, é sempre um coautor da norma, é seguro afirmar que, em termos pragmáticos e no exato desejo do constituinte, é do juiz a palavra derradeira sobre a interpretação e a aplicação da Lei.

³⁴ Não se mencionam aqui os 27 tribunais regionais do Trabalho, mas que seguem a mesma lógica, pois existe um Tribunal Superior do Trabalho (TST) que exerce a mesma função unificadora, mas na área da legislação trabalhista.

³⁵ WAMBIER, Luiz R / RODRIGUES, Dayane V. Op.cit., p.344.

Zaneti³⁶, tais princípios são “consequências colaterais do atendimento da *racionalidade* e *universabilidade* das decisões”.

Prolatado o acórdão (decisão colegiada) pelo Superior Tribunal de Justiça, os tribunais adotarão uma das seguintes alternativas, segundo o Código de Processo Civil:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

No que tange ao Direito Bancário e sua relação com o Direito do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, em 12/05/2004, que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às instituições financeiras:

SÚMULA N. 297 O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Além disso, prolatou ao longo de seus 30 anos de existência um conjunto de decisões em sede de Recurso Especial Repetitivo que configuram importante ferramenta para

³⁶ ZANETI, Hermes, Jr., Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. Op. cit., p.35.

concessão de segurança jurídica aos negócios e também em termos de responsabilidade civil aquiliana³⁷, dentre as quais destacamos:

Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado;

[...] (REsp 1578553 SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 06/12/2018)

Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva;[...]

(REsp 1578553 SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 06/12/2018)

Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. [...]

(REsp 1639320 SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)

(REsp 1639259 SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)

Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. [...]

(REsp 1639320 SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)

³⁷ Decisões disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/SCON/recrep/>. Acesso em : 01 de maio de 2019.

(REsp 1639259 SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)

Para efeitos do art. 543-C do CPC³⁸: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. [...]

(REsp 1197929 PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011)

Tal conjunto de decisões revelam primeiramente e desde o prisma de uma análise material, a solidificação da jurisprudência na aceitação da inserção das regras e princípios do Direito do consumidor aos contratos de natureza bancária, quer sejam esses realizados por pessoas físicas ou jurídicas, de um lado, e o estabelecimento financeiro de outro. Logo, o conjunto é representativo, também, de uma evolução no caminho da concreção dos instrumentos processuais destinados à racionalização e universalização das decisões no âmbito do sistema jurídico brasileiro o que aproxima tal sistema aos desafios contemporâneos do exercício jurisdicional, cada vez mais destinado à solucionar litígios de massa.

5. Considerações Finais:

A relativamente recente promulgação do Código de Processo Civil trouxe para o debate do Direito processual no Brasil um aparato de questões envolvendo a própria atuação do seu sistema judicial, em particular, de seus tribunais superiores, a saber: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O regime jurídico processual anterior ao CPC/2015 prescindia de um sistema codificado de instrumentos destinados ao incremento de soluções eficientes para a condensação de decisões e a conseqüente harmonia e segurança para o sistema jurídico nacional.

Como visto, as tendências do pensamento jurídico processual contemporâneo, como a confluência dos sistemas de *civil law* e *common law* e o reconhecimento da força normativa da constituição, possibilitou oportunidades expansivas ao direito

³⁸ Atual 1.040 do CPC em vigor, acima transcrito.

jurisprudencial como a harmonização da jurisprudência mediante o estabelecimento de “standards interpretativos” no âmbito da multiplicidade de litígios.

Lado outro, as transformações metodológicas do pensamento jurídico processual, como exposto, através da incorporação da teoria dos princípios e com ela, da proteção e promoção dos direitos fundamentais, tem intensificado o debate científico em torno das especificidades das decisões em massa e de sua relevância nos diferentes subsistemas jurídicos, como o do contratos bancários e sua relação do o Direito do consumidor, como apresentado nesse artigo.

A afirmação quanto à viabilidade dos precedentes judiciais vinculantes e de demais institutos processuais destinados à uniformização de posturas jurisprudenciais que autorizariam a incidência de regras consumeristas aos contratos bancários e definem seus limites e extensão, é uma realidade na trajetória recente dos tribunais superiores brasileiros.

Em se tratando do Supremo Tribunal Federal brasileiro é consolidado o entendimento, conforme precedentes expostos no atual artigo de que tal incidência se refere à matéria de natureza infraconstitucional, logo, fora de sua alçada de competência. Cabe e cabe, assim ao Superior Tribunal de Justiça desnudar os limiares da relação entre o Direito do consumidor e o Direito bancário no sistema nacional.

Mediante um giro pelas diferentes decisões do STJ, o atual estudo observou a fixação de pilares interpretativos jurisprudenciais em prol da concretude de direitos e de garantias do consumidor na esfera das relações bancárias.

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 2015 brasileiro na busca pela tutela adequada às situações levadas a juízo e uma conseqüente melhoria do exercício jurisdicional, instrumentalizou um sistema de standardização de entendimentos que colocam o sistema nacional num patamar avançado e inovador no desenvolvimento de direitos e garantias fundamentais.

Referências Bibliográficas:

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo:Malheiros, 2008.

CASTELAR, A., org. **Judiciário e economia no Brasil [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

DANTAS, Bruno et ali. **Novas tendências do Processo Civil - Estudos sobre o projeto do novo CPC**.Salvador: JusPodivm,2014.

DIDIER, Jr. Fredie, **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil parte geral e processo de conhecimento**, 17ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2015.

DWORKING, Ronald, **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the "Engine Room" of the Constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**. Vol. 4: I ss. 1, pp. 32-56. 2014

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>.

Justiça em Números 2018, Conselho Nacional de Justiça <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>

MOSCHEN, Valesca / BARBOSA, Luiza. "O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transacional: uma análise da consonância da harmonização processual". **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Ano 12, vol.19, nº2, Maio a Agosto de 2018, pp.200-228.

PICARDI, Nicola / NUNES, Dierle, O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma, **Revista de Informação Legislativa**, ano 48, nº190, abr./jun, 2011, pp.93-119.

WALD, Arnaldo. "O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras". **Revista dos Tribunais**, vol.666, abril, 1991, pp.7-17.

WAMBIER, Luiz R. / RODRIGUES, Dayane V. Incidente de resolução de demandas repetitivas: aspectos gerais e admissibilidade no TJDFT, TJSP, TJRJ, TJRS e TJPR, **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, ano 13, vol.20, nº 1., janeiro a abril de 2019, pp.341-361.

WAMBIER, Luiz R. "Os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor", **Revista dos Tribunais**, Vol.18, Abr./Jun.1996, pp.125-132.

ZANETI, Hermes Jr., "Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais", **Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunais**, año I, nº 1, enero-diciembre 2015, pp. 31-49.

ZANETI, Hermes. **O novo processo civil brasileiro e a constituição**. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. Salvador: JusPodivm, 2016.

A atuação judicial do ministério público do trabalho na proteção dos trabalhadores do setor de saúde em face do coronavírus (Covid-19): a ação civil pública como instrumento efetivo de defesa do meio ambiente laboral dos serviços de saúde

Cláudio Jannotti da Rocha

Cláudio Jannotti da Rocha é Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (Mestrado). Pós-Doutor em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Líder do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa Relações de Trabalho na Contemporaneidade (UFBA-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Membro da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior.

Thaís Borges da Silva

Thaís Borges da Silva é Procuradora do Ministério Público do Trabalho (MPT). Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em Direito Público e em Direito Civil e Processo Civil. Ex-Auditora-Fiscal do Trabalho. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq).

1. Introdução

Sempre que estamos diante de uma crise ou dificuldade, eis que emergem os protagonistas, ainda que em lados extremos: os culpados e os solucionadores. Por estarmos em um caos sanitário, neste contexto temos em um flanco a doença e do outro os profissionais da saúde.

Tanto é assim, que mesmo em uma crise sanitária com efeito transversal, estamos presenciando o Ministro da Saúde, com o devido protagonismo no Brasil, todos os dias, fazendo pronunciamento em cadeia nacional, dando as coordenadas, números e direções que a sociedade brasileira precisa de saber e seguir. E no mundo isso também ocorre, com o diretor-geral da Organização Mundial da Saúde, que constantemente

apresenta manifestações, dados e estatísticas mundiais, passando as diretrizes que os países devem adotar.

A Organização Mundial da Saúde, em 11/03/2020, declarou que os casos de doenças causadas pelo novo coronavírus (COVID-19) notificados em todos os continentes configuram uma pandemia, porquanto atinge todos os continentes do mundo.

O coronavírus instalou uma crise sanitária que por seu turno ensejou crises social, econômica e logística, fazendo com que um verdadeiro pânico biossocial tomasse conta do globo. Países fecharam as fronteiras terrestres, aéreas e marítimas, bem como decretassem a quarentena, como é o caso da Itália, Espanha, Portugal, Estados Unidos, Argentina, Chile, Alemanha, Brasil, Estados Unidos, Índia, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Egito, França e Bélgica, fazendo com que pessoas permaneçam em casa e as empresas parem de funcionar, salvo as de atividades essenciais. Inclusive, vários Chefes de Estados em suas manifestações declararam guerra ao coronavírus, dentre eles Angela Merkel, Emmanuel Macron e Donald Trump.

O Brasil, especificamente, além de decretar estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, do Congresso Nacional), promulgou normas decretando a quarentena. Como é o caso da Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, sendo que seu art. 3º, determina que para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, o isolamento e a quarentena. E também da Portaria Interministerial nº 05/2020, dos Ministérios da Saúde e da Justiça, que autorizaram as internações e quarentena compulsórias para conter o avanço do coronavírus.

Os 26 Estados, o Distrito Federal¹ e Municípios publicaram os respectivos Decretos, determinando a quarentena, de acordo com suas abrangências.

É sabido que a transmissão ocorre, principalmente, de pessoa a pessoa a partir de gotículas respiratórias ou por meio de contato próximo, podendo também ocorrer através do contato com objetos ou superfícies contaminados, seguido de contato com a boca, nariz ou olhos. Ainda, sabe-se que quem mantém contato com pessoa que tenha sintomas respiratórios (por exemplo, espirros, tosse, etc.) está em risco de ser exposta a gotículas respiratórias potencialmente infecciosas.

Por isso, a quarentena ao determinar o isolamento social, permite ao mesmo tempo que pessoas não sejam contaminadas com o coronavírus e que não transmitam a outras pessoas, para que assim estabilize e diminua o número de infectados, achatando a curva de infectados, preservando as vidas e as pessoas.

¹<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/03/estados-brasileiros-se-dividem-quanto-a-aplicacao-de-medidas-rigorosas-de-isolamento-social-ck8exm3sv031lo1rzizy6emw12.html>.

Acontece que nem mesmo nossas casas estão imunes ao coronavírus, porquanto muito embora a determinação seja que pessoas fiquem em suas casas, o vírus pode chegar até ela. Tal situação é possível através de duas maneiras: 1-) através das pessoas que nela moram e tem que sair para trabalhar e voltam contaminadas e 2-) com as mercadorias dos produtos que consumimos (sacolas e embalagens plásticas).

Por isso, também é necessário proteger os locais de trabalho, para que não se transformem em verdadeiros *locus* de transmissão do vírus, evitando assim que o coronavírus chegue até as residências através das pessoas que nela moram e tem que sair para trabalhar e voltem contaminadas ou higienizar tudo que entra em nossas casas.

Assim, a quarentena deve ser observada através do seguinte trino: 1-) zelar pelo meio ambiente dos profissionais da saúde; 2-) manter as pessoas em casa e; 3-) permitir somente o funcionamento das atividades essenciais.

Pouco ou nada adianta efetivar as medidas 2 e 3 e não efetivar a 1, pois assim o vírus continuará a ser transmitido constantemente na sociedade, podendo a pessoa chegar no hospital sem o vírus ou com outra enfermidade e sair com o coronavírus ou este chegar ser levado para a família através do profissional de saúde. São três medidas necessárias que correlacionam-se e são interdependentes.

O achatamento da curva de viróticos, faz também com que o número de contaminados não aumente rapidamente, porquanto, hoje o sistema único de saúde (SUS) não encontra-se preparado para receber um contingente muito grande, caso muitas sejam contaminadas ao mesmo tempo. Caso isto ocorra, o sistema de saúde entrará em colapso sanitário e as pessoas morrerão nos hospitais, por falta de médicos, leitos, respiradores, insumos e de equipamento de proteção individual (isso mesmo, profissionais da saúde morrerão trabalhando).

É preciso dar um tempo para que os hospitais se preparem para este cenário, que muito provavelmente irá ocorrer, mais ou menos dias, mas é preciso distanciar esta data, jogá-la mais para frente o possível, para que sejam montados mais hospitais de campanha, cheguem insumos, respiradores, equipamentos de proteção individual.

A crise sanitária brasileira é tamanha, que no dia 02 de abril de 2020, foi publicada a Portaria nº 639 do Ministério da Saúde convocando diversos profissionais para um curso obrigatório sobre o coronavírus, como serviço social, biologia, biomedicina, educação física, nutrição, odontologia e psicologia, sendo que o exercício nos hospitais é facultativo. Neste momento a ajuda é necessária.

Sendo assim, para o presente artigo, tem-se a seguinte problemática: como o Ministério Público do Trabalho pode atuar, no âmbito hospitalar, na defesa dos interesses dos profissionais da saúde durante a quarentena do coronavírus?

2. Dos profissionais da saúde na pandemia do coronavírus

A Occupational Safety and Health - OSHA² elaborou classificação de graus de risco à exposição considerando as funções desempenhadas pelos trabalhadores. Os profissionais da saúde estão compreendidos nos seguintes grupos:

i) Risco muito alto de exposição: aqueles com alto potencial de contato com casos confirmados ou suspeitos de COVID-19 durante procedimentos médicos, laboratoriais ou post-mortem, tais como: médicos, enfermeiras, dentistas, paramédicos, técnicos de enfermagem, profissionais que realizam exames ou coletam amostras e aqueles que realizam autopsias;

(ii) Risco alto de exposição: profissionais que entram em contato com casos confirmados ou suspeitos de COVID-19, tais como: fornecedores de insumos de saúde, e profissionais de apoio que entrem nos quartos ou ambientes onde estejam ou estiveram presentes pacientes confirmados ou suspeitos, profissionais que realizam o transporte de pacientes, como ambulâncias, profissionais que trabalham no preparo dos corpos para cremação ou enterro.

O coronavírus é letal a toda a sociedade, mas dentre os atingidos, destacam-se os profissionais da área de saúde que são os mais prejudicados, porquanto estão da linha de frente, em contato direto e próximo ao vírus. Ao redor do mundo, milhares foram infectados, já havendo um número crescente de mortes entre eles.

Há dados³ que demonstram que mais de 6.200 profissionais da área foram infectados na Itália, onde mais de 100 mil pessoas contraíram o vírus. Na Espanha, o novo coronavírus atingiu cerca de 6.500 profissionais de saúde, ou 12% dos casos confirmados. Na China, até o início de março, o governo divulgou que quase 3.300 membros dessa linha de frente contraíram o vírus.

Diante do elevado risco de contágio existente para os profissionais da saúde, deve-se enfatizar ser dever dos empregadores envidar todos os esforços possíveis, a fim de garantir a proteção de seus trabalhadores e a hígidez de seu meio ambiente laboral. Até porque além do risco de contaminarem-se, eles podem contaminar outras pessoas, como é o caso dos seus familiares (já que ao chegar em casa terá contato com eles), podendo ser transmissores do vírus.

² Nota técnica conjunta nº01/2020 - PGT/CODEMAT/CONAP

³ <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52119508>

Portanto, proteger os profissionais da saúde significa concomitantemente: proteger a vida deles, dos seus familiares e de todos da sociedade (porquanto são eles que cuidam de nós nos hospitais).

Importante destacar, que os profissionais da saúde, conforme a Portaria nº 639 do Ministério da Saúde, devem ser considerados durante a quarentena do coronavírus de maneira majorada, abrangendo diversos profissionais, como os do serviço social, da biologia, da biomedicina, da educação física, da nutrição, da odontologia e da psicologia, que trabalham nos hospitais.

Atualmente, se tem uma pessoa que jamais poderá estar com o coronavírus no mundo, esta é o profissional da saúde, afinal é justamente ela quem cuida do paciente, do hospital, da sociedade e também procura a cura. Hoje, o globo está nas mãos do profissional da saúde.

Se nas outras duas guerras mundiais quem mandava no mundo eram os grandes governantes, na atual quem decide são os profissionais da saúde.

2. Proteção do meio ambiente laboral aos profissionais de saúde durante a quarentena do coronavírus

O Direito do Trabalho surgiu no início do Século XX, sendo que a principal causa do seu surgimento foi o meio ambiente do trabalho, tendo em vista as péssimas condições de trabalho, saúde e segurança, que os trabalhadores estavam expostos, principalmente as jornadas extenuantes e desumanas, precárias e inseguras situações que estavam expostos, inclusive as mulheres e crianças. Os números de acidente de trabalho eram alarmantes, comparáveis das guerras mundiais, matando, adoecendo e mutilando milhões de pessoas.

O meio ambiente do trabalho permeia todo o Direito do Trabalho, sendo a matriz epicentral de todo o estuário normativo trabalhista, afinal o direito mais importante é o direito à vida, sendo o direito dos direitos.

Raimundo Simão de Melo ensina que:

caracteriza-se pelo local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, mas não se restringe a isto, uma vez que abrange também os instrumentos de trabalho, o modo da execução das tarefas e a forma como o trabalhador é tratado, além de envolver todos os tipos de trabalhadores, inclusive servidores públicos

ou autônomos⁴.

É de se ver, pois, que a proteção do meio ambiente laboral deve ser sempre ampla, de modo a compreender não apenas a redução e/ou a eliminação de agentes insalubres ou perigosos, mas também a implementação de qualquer medida que tenha o objetivo de garantir a saúde e a segurança dos trabalhadores.

O meio ambiente de trabalho adequado e seguro é direito fundamental do trabalhador, de natureza difusa, o qual foi adequadamente protegido por nosso ordenamento jurídico, dentro do bojo do microsistema jurisdicional metaindividual trabalhista⁵, conforme ensina José Roberto Freire Pimenta.

O Brasil ratificou diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativas à saúde e segurança do trabalho, abrangendo as mais variadas temáticas, dentre as quais destaca-se a Convenção n° 155, que estabelece a obrigatoriedade de formulação e implementação de uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, com o intuito de prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com o trabalho ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo, ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho.

Por sua vez, a Convenção n° 81 trata da inspeção laboral, incumbindo-lhe, além de outras funções, a de assegurar a aplicação das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão, tais como as normas referentes à duração do trabalho e à segurança, higiene e bem estar dos trabalhadores.

A Constituição da República de 1988 consagrou o meio ambiente adequado como direito fundamental de todos. Neste sentido, assim dispõe seu art. 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

⁴ MELO, Raiundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalhador. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 30-31.

⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. Tutela Metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Julaiana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soragi (Coords). Tutela Metaindividual Trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. São Paulo: 2009, p. 31.

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações⁶.

Foi adotada uma concepção ampla do meio ambiente, de forma a garantir a proteção a todas as esferas que o integram, entre as quais se incluiu o meio ambiente de trabalho.

A fim de sepultar definitivamente os entendimentos que restringiam o conceito de meio ambiente aos recursos da natureza, o art. 200, inc. VIII, da Constituição assim prevê: "*Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho*".

Constata-se, portanto, que o Constituinte confirmou o íntimo liame existente entre a proteção ao meio ambiente de trabalho e o direito à saúde. Conclusão lógica esta, tendo em vista que a manutenção de um meio ambiente laboral seguro e adequado é imprescindível à garantia da higidez da saúde e da integridade física dos trabalhadores. O objetivo final das normas referentes ao meio ambiente do trabalho é sempre a tutela do direito à vida, que pressupõe vida com qualidade e dignidade.

Outra não poderia ser a interpretação extraída destes dispositivos da Carta Magna, uma vez que este diploma fixa como fundamentos da República Brasileira a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, inc. III e IV), além de prever que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados como princípios da defesa do meio ambiente, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego (art. 170).

Indubitavelmente, está a valorização do trabalho humano intrinsecamente condicionada ao devido respeito às normas de saúde e segurança do trabalho, razão pela qual o trabalho seguro, hígido e saudável, mais do que um princípio, constitui-se em uma obrigação de todo empregador.

A saúde e a segurança são direitos que também foram assegurados no art. 6º da Constituição, dispositivo este que fixa o rol de direitos sociais.

Ainda, a Constituição Brasileira estabelece expressamente como direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a "*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*" (art. 7º, inc. XXII).

É bem de se ver, pois, que o Constituinte instituiu um novo marco da tutela do meio

⁶ Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

ambiente de trabalho, uma vez que enfatizou a importância da prevenção, com a redução dos riscos ambientais. O objetivo das normas referentes à saúde e segurança do trabalho deixa de ser eminentemente reparatório e passa a ser preventivo.

Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT destinou capítulo próprio à segurança e medicina do trabalho (Capítulo V), no qual instituiu noções introdutórias de prevenção dos riscos ambientais.

Ainda, a CLT nas disposições gerais fixou normas de destacado relevo, acerca das responsabilidades dos órgãos de fiscalização, dos empregados e dos empregadores, na prevenção e proteção do meio ambiente laboral, tendo atribuído aos últimos as obrigações de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente e facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Observa-se, por fim, que em seu art. 200, a CLT delegou competência normativa ao Ministério do Trabalho (atualmente, incluído no Ministério da Economia) para estabelecer disposições complementares às normas de saúde e segurança laboral nela abordadas, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho.

Em cumprimento a este comando legal, o MTE editou várias portarias, aprovando as Normas Regulamentadoras (NR) relativas à saúde e segurança do trabalho, dentre as quais incluem-se a NR 32, que trata da segurança e saúde nos serviços de saúde, prevendo diversas obrigações a serem cumpridas pelos empregadores com o intuito de proteger o meio ambiente laboral em hospitais, clínicas, dentre outros estabelecimentos de saúde.

Diante do alto risco de exposição dos profissionais de saúde ao coronavírus, considerando o manejo clínico e os cuidados com pacientes diagnosticados e suspeitos, de se concluir como absolutamente justificável a atuação do Ministério Público do Trabalho com vistas a compelir os empregadores da saúde a observarem e a adotarem medidas de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores da área da saúde e dos profissionais envolvidos no transporte, apoio e assistência aos potenciais casos.

A partir do reconhecimento deste dever de atuação do Ministério Público do Trabalho na proteção da saúde dos profissionais de saúde em face do coronavírus, foram elaboradas Notas Técnicas, com o objetivo de fortalecer e aprimorar a atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho na defesa de meio ambiente de trabalho que promova a saúde e a segurança do trabalhador.

Orientou-se, por meio das referidas Notas Técnicas, que os Procuradores do Trabalho recomendem aos empregadores, sindicatos patronais, sindicatos profissionais que

representem setores econômicos considerados de risco muito alto, alto ou mediano (OSHA), que observem as medidas de segurança que devem ser adotadas nas empresas (como, por exemplo, disponibilizar lavatório com água e sabão, fornecer sanitizantes, como álcool 70%) e que negociem instrumentos coletivos de trabalho prevendo flexibilização de horários, especialmente para os trabalhadores que integrem grupos vulneráveis, o abono de faltas sem apresentação de atestado médico àqueles que apresentarem sintomas sugestivos da COVID-19, entre outras medidas necessárias para conter a transmissão da doença⁷.

3. O Ministério Público do Trabalho e a ação civil pública no coronavírus: legitimidade, competência e pedidos

A par das recomendações para cumprimento de medidas de proteção em face do coronavírus, caso haja constatação de prática, pelos empregadores do setor de saúde, de irregularidades que exponham a saúde e segurança dos profissionais de saúde, restará ao membro do Ministério Público do Trabalho a resolução judicial do conflito, com o ajuizamento de ação civil pública.

Inquestionável a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento deste tipo de ação, já que atua em defesa da ordem jurídica e dos direitos difusos e coletivos dos trabalhadores.

Nesse sentido, dispõe o art. 129, inciso III, da Carta Magna ser função institucional do Ministério Público *"promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos"*.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF/88, art. 127).

No mesmo sentido, preceitua a Lei da Ação Civil Pública, nº 7.347/85, que rege as ações de responsabilidade por danos causados, entre outros, ao meio ambiente e a qualquer outro interesse difuso e coletivo (art. 1º, I e IV).

De outro lado, a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 83, incisos III e V, assim dispõe.

Conforme já enfatizado, o direito ao meio ambiente do trabalho adequado visa preservar a saúde e a segurança dos trabalhadores, razão pela qual se constitui em direito social de natureza constitucional.

⁷ Nota técnica conjunta nº 02/2020 - PGT/CODEMAT/CONAP

Por este motivo, a proteção do meio ambiente laboral foi atribuída ao Ministério Público do Trabalho, defensor dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da classe trabalhadora.

As agressões ao meio ambiente do trabalho materializam ofensa à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho. Assim, é inegável a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para atuar com vistas a proteger a saúde e segurança dos trabalhadores do setor de saúde, no enfrentamento desta pandemia que estamos vivendo.

Conforme consignado, por meio da ação civil pública ajuizada em face de entes públicos e privados responsáveis por estabelecimentos de saúde, pretende o Ministério Público do Trabalho tutelar direitos difusos e coletivos dos trabalhadores deste setor.

Resta, pois, patenteada a competência material da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal.

A competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação civil pública ajuizada para defesa de interesses transindividuais de cunho laboral está explicitada também no art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, que dispõe:

Necessário enfatizar, ainda, a existência de entendimento consolidado do C. Supremo Tribunal Federal acerca da competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas relativas a obrigações de saúde e segurança do trabalho, conforme Súmula nº 736.

O provimento que deve ser requerido na ação civil pública tem como destinatária a coletividade de trabalhadores que prestam ou que venham prestar serviços aos empregadores da saúde.

Observa-se que a proteção ao meio ambiente laboral possui caráter indivisível. Isto porque a transgressão do meio ambiente laboral não é direcionada exclusivamente a um sujeito ou grupo determinado. Ademais, a implementação de medida de proteção coletiva, de modo a reduzir ou eliminar riscos ambientais, não beneficia apenas um trabalhador ou um grupo de trabalhadores, mas a todos os que laboram em um mesmo local de trabalho.

O que pretende o Ministério Público do Trabalho é impedir que as infrações às normas de saúde e segurança do trabalho, imprescindíveis ao enfrentamento do coronavírus, continuem a se repetir, o que se efetivará pela imposição das obrigações de fazer/não fazer, bem como da fixação de *astreintes*, em caso de descumprimento.

Trata-se, portanto, de um provimento que protege direitos coletivos, com natureza de tutela inibitória, de caráter preventivo e com eficácia para o futuro.

Sobre o assunto, são precisas as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

[...] quando se pensa em tutela preventiva, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou repetição do ilícito. [...] Note-se que o problema da tutela preventiva é da prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória (que apenas é uma modalidade de tutela repressiva [...]) é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.

Não há dúvida de que o ilícito, na maioria das vezes, torna-se visível em face de um dano, que é a sua consequência concreta. [...]

A inibitória, portanto, em grande número de casos, ainda que pensada como uma tutela voltada contra o ilícito, acaba por impedir a prática de um dano.

[...] é expressamente aceita pela Constituição Federal (art. 5º, XXXV) – uma ação inibitória genérica, que possa aplicar-se a qualquer situação dela carente.

Tradicionalmente, pensa-se no processo apenas como algo voltado ao passado dirigido à recomposição do direito violado. Não se recorda, todavia, que também o processo pode ter orientação dirigida ao futuro, tendente a impedir a prática de uma violação ao direito. [...]

[...] não são objeto de perquirição, nas ações inibitórias, as questões do dano ou da culpa. [...]

[...] é importante considerar não apenas a probabilidade da prática de ato, mas também a ilicitude, uma vez que o ato temido somente importa, como é óbvio, quando é ilícito.

Um procedimento que culmine em uma sentença que ordene sob pena de multa e que admita uma tutela antecipatória da mesma natureza. Tal procedimento [...] está delineado pelos arts. 461 do CPC e 84 do CDC.

[...]

O art. 84 do CDC tem redação praticamente idêntica à do art. 461 do CPC. Essa norma do CDC é aplicável à tutela de todos os interesses difusos e coletivos [...]⁸.

⁸ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 6. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 297-300 e 435-438.

A tutela inibitória também encontra guarida na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Art. VIII. Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei⁹.

O que se objetivará, por meio do manejo da ação civil pública, com base no art. 3º da Lei nº 7347/1985 e art. 84 do CDC, é o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, a fim de evitar que ilícitos se perpetuem e se repitam, com indiscutíveis prejuízos à coletividade de trabalhadores do setor de saúde.

São exemplos de obrigações de fazer/não fazer objeto de pedido em ação civil pública, a serem cumpridas pelos empregadores do setor de saúde com o intuito de minimizar o impacto do coronavírus na saúde dos trabalhadores, as seguintes:

1) garantir aos profissionais de saúde, transporte, apoio, assistência e demais funções envolvidas no atendimento a potenciais casos de coronavírus, a disponibilização de equipamentos de proteção individual e coletiva indicados pelas autoridades de saúde locais, nacionais e internacionais, de acordo com as orientações mais atualizadas, tais como: a) profissionais presentes durante o transporte: melhorar a ventilação do veículo para aumentar a troca de ar durante o transporte; limpar e desinfetar todas as superfícies internas do veículo após a realização do transporte (desinfecção com álcool a 70%, hipoclorito de sódio ou outro desinfetante indicado para este fim e seguindo procedimento operacional padrão definido); b) profissionais envolvidos no atendimento e cuidados (especialmente profissionais de saúde): higiene das mãos, com preparação alcoólica; óculos de proteção ou protetor facial; máscara cirúrgica e/ou máscaras N95, FFP2, ou equivalente, quando da realização de procedimentos geradores de aerossóis como, por exemplo, intubação ou aspiração traqueal, ventilação não invasiva, ressuscitação cardiopulmonar, ventilação manual antes da intubação, coletas de amostras nasotraqueais e broncoscopias; avental impermeável; luvas de procedimento;

⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

2) garantir que as informações sobre higienização, uso e descarte dos materiais de proteção e de outros materiais potencialmente contaminados estejam disponíveis e que os profissionais estejam devidamente treinados, com base nestas informações;

3) expedir recomendações, protocolos ou notas técnicas aos SESMTs (Serviços Especializados de Medicina e Segurança do Trabalho) das empresas, para que encaminhem casos suspeitos para imediata análise pelo SUS e não permitam a continuidade do trabalho em casos de suspeita de contaminação pelo COVID 19;

4) fornecer lavatórios com água e sabão; fornecer sanitizantes (álcool 70%);

5) adotar medidas que impliquem em alterações na rotina de trabalho, como, por exemplo, política de flexibilidade de jornada, quando os serviços de transporte, creches, escolas, dentre outros, não estejam em funcionamento regular;

6) não permitir a circulação de crianças e demais familiares dos trabalhadores nos ambientes de trabalho que possam representar risco à sua saúde por exposição ao novo coronavírus;

7) adotar outras medidas recomendadas pelas autoridades locais, de molde a resguardar os grupos vulneráveis, como maiores de 60 anos, portadores de doenças crônicas e imunocomprometidos.

4. Da Conclusão

Como se demonstrou no presente trabalho, o coronavírus instalou uma crise sanitária global e transversal, desencadeando efeitos econômicos, sociais e logísticos.

Assim, países seguindo as recomendações da Organização Mundial da Saúde, médicos e cientistas, adotaram a quarentena e o distanciamento social, fazendo com que pessoas fiquem em suas casas e que funcionem somente as atividades essenciais, preservando assim as vidas e as pessoas. Ao mesmo tempo foram promulgadas leis destinando renda para os trabalhadores e benefícios fiscais e creditícios para as empresas, fazendo com que a economia continue circulando mesmo de maneira devagar.

Além dos objetivos acima, o isolamento social também almeja destinar um tempo para que os hospitais se preparem para receber as pessoas que ficarão contaminadas com o coronavírus, porquanto a pandemia nocauteou o sistema de saúde de todos os países do mundo, inclusive o Brasil. É preciso dar um tempo, distanciar a ida das pessoas para os hospitais para que eles estejam preparados para o impacto ocasionado pelo coronavírus.

Acontece que para que a quarentena dar certo, é preciso seguir a seguinte ordem cronológica: 1-) zelar pelo meio ambiente dos profissionais da saúde; 2-) manter as pessoas em casa e; 3-) permitir somente o funcionamento das atividades essenciais.

Pouco ou nada adianta efetivar as medidas 2 e 3 e não efetivar a 1, pois assim o vírus continuará a ser transmitido constantemente na sociedade, podendo a pessoa chegar no hospital sem o vírus ou com outra enfermidade e sair com o coronavírus ou este chegar ser levado para a família através do profissional de saúde. São três medidas necessárias que correlacionam-se e são interdependentes.

Por isso, também é necessário proteger os locais de trabalho, para que não se transformem em verdadeiros *locus* de transmissão do vírus, evitando assim que o coronavírus chegue até as residências através das pessoas que nela moram e tem que sair para trabalhar e voltem contaminadas ou higienizar tudo que entra em nossas casas.

Sando assim, indubitavelmente que torna-se imprescindível que sejam adotadas medidas efetivas de proteção à saúde dos profissionais da saúde, os quais, têm, como nunca, bravamente enfrentado uma carga de trabalho pesada, com exaustão física e mental, além de frustração por não conseguir salvar todas as vidas, medo de se contagiar e de contagiar seus familiares, insegurança quanto ao futuro.

Caso todas as medidas acima mencionadas não sejam cumpridas, o Ministério Público do Trabalho, deverá na condição de guardião do meio ambiente do trabalho e da sociedade, lançar mão da ação civil pública e questionar e pleitear extra ou judicialmente que todas elas sejam cumpridas a tempo e modo para que assim os profissionais da saúde e todos nós possamos ficar protegidos do contágio do coronavírus dentro e fora dos hospitais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 6. ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 297-300 e 435-438.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalhador*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 30-31.

NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 01/2020 - PGT/CODEMAT/CONAP. Disponível em: <<https://pgt.mpt.mp.br>>. Acesso em: 29.03.2020.

NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 02/2020 - PGT/CODEMAT/CONAP. Disponível em: <<https://pgt.mpt.mp.br>>. Acesso em: 29.03.2020.

Gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/03/estados-brasileiros-se-dividem-quanto-a-aplicacao-de-medidas-rigorosas-de-isolamento-social-ck8exm3sv031lo1rziy6emw12.html.

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutela Metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Julaiana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soragi (Coords). Tutela Metaindividual Trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. São Paulo: 2009, p. 31.

Procedimento revisional por superendividamento e o papel do administrador judicial

Eduardo Silva Bitti

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e da Fundação São João Batista - Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado. E-mail: eduardo.bitti@ufes.br.

1. Introdução

A Lei 14.181, de 1º de julho de 2021, já em vigor, trouxe a figura do tratamento do superendividamento para o direito brasileiro como uma grande novidade, mas com uma grande faceta de *déjà vu*, graças à sua proximidade com outros institutos processuais do direito brasileiro e uma grande incógnita: qual será o papel do administrador na vida do devedor diante da lacuna legal?

No presente ensaio, objetivo explicar, com a utilização de transporte de técnicas, as funções possíveis a serem desempenhadas pela referida personagem e dos traços que fazem o desenho do novo instituto ser tão próximo ao que temos no direito empresarial.

Em linhas específicas, objetivo analisar os tais elementos preventivos e de tratamento do superendividamento, além das diferenças para com a insolvência civil e verificar como é possível sanar as lacunas criadas acerca do tratamento do administrador judicial.

2. O superendividamento

O superendividamento do consumidor é o nome dado ao fenômeno do estado de crise econômico-financeira da pessoa natural não empresária, que assume feição econômica não pelo fato desta produzir algo, mas por ser ela agente (sujeito passivo) destinatária final de produtos ou serviços, literalmente, a única justificativa para a existência das cadeias produtivas.

Afinal, sem ele, de nada adiantaria produzir ou prestar, o que legitima, inclusive, *cum granu salis*, a aplicação da boa-fé objetiva dentro daquilo que se considera função social do contrato.

Nada disso, no entanto, revela que a Lei 14.181/2021 está certa naquilo que propõe. No meu entender, ela aparenta ser mais um subterfúgio político para pensamentos oriundos de um incompreensível solidarismo jurídico, adiante explicado.

2.1. Exageros na disponibilização do crédito e políticas econômicas equivocadas

Sabemos que a crise norte americana de 1929, que resultou na “quebra” da Bolsa de Nova York, teve início com a própria ideia do sonho americano: o alto consumo de bens duráveis e o mercado de trabalho aquecido. A indústria de lá, nos anos 1920, produzia muito (muita oferta), tanto para o mercado interno, como para o externo, principalmente, para a Europa devastada pela 1ª Grande Guerra, o que também propiciava muita demanda. Com tempo, com os bens duráveis já adquiridos, os consumidores começaram a entrar no mercado de ações, pois tinham a impressão de que era só investir na bolsa para ficar milionário à base de especulação, o que até dava certo. Para tanto, o que antes eram empréstimos bancários para comprar produtos incentivados até por campanhas governamentais, passou a ser para poder fazer esses “investimentos” especulativos em ações, ou seja, não era para auferir dividendos, mas para ganhar com o sobe e desce dos preços desses ativos.

O problema é que economia da Europa do pós-guerra começa a se estabilizar e não necessitou mais importar tanto dos EUA. Além disso, o êxodo rural, por força de novas tecnologias aumentou a leva de desempregados nas grandes cidades. A demanda, enfim, diminuiu, mas a produção não, o que dava a sensação para os especuladores de que tudo corria bem¹. Até que a inadimplência subiu demais e vários bancos começaram a quebrar o que levou, após um aumento da taxa de juros pelo Federal Reserve (uma espécie de “Banco Central” de lá), a uma (tentativa de) retirada em massa desses investidores, ao mesmo tempo do mercado de ações. O resto é a história conhecida: a maioria, que nada entendia de mercado de capitais, viu-se, da noite para o dia, empobrecida.

Algo semelhante aconteceu em 2008. Dez anos antes, os bancos norte-americanos começaram a emprestar dinheiro a muita gente, sem exigir garantia (ativo “*subprime*”). O que parecia absurdo, era na verdade uma jogada bem simples: eles passaram a misturar dívidas de alto risco com as dívidas de baixo risco (clientes com bom *score* de pagamento) e montavam vários pacotes com obrigações com títulos em garantia, os chamados “CDO”, que eram vendidos para o mundo todo. Quando os devedores norte-americanos comuns pagassem os valores devidos, o dinheiro iria para quem houvesse comprado o CDO, com juros. Para piorar, as principais companhias de classificação de

¹ Cf. PEREIRA, Wagner Pereira. *24 de outubro de 1929: a quebra da Bolsa de Nova York e a Grande Depressão*. São Paulo: COMPANHIA EDITORA NACIONAL, 2006, p. 14).

risco como Standard & Poor's, Moody's Analytics e FitchRatings classificaram o CDO's como de alto nível, o que disfarçava seu verdadeiro conteúdo. Finalmente, aconteceu o que era inevitável: os devedores não pagaram as dívidas, que estavam nas mãos de bancos e fundos de investimento do mundo todo, o que gerou um efeito dominó que começou pela falência, em 15/09/2008 do Lehman Brothers, um dos bancos de investimento mais tradicionais dos EUA.

Nos dois casos, tanto de 1929, como de 2008, o problema foi o excesso de facilidades para obtenção de crédito pelo cidadão comum, ao buscar empréstimos. No entanto, não existiu em 2008 um incentivo governamental para tanto, como existiu em 1929.

No Brasil, a par disso, a busca pelo mútuo bancário é, em parte, controlada pelas políticas econômicas adotadas, tomando-se como referência a SELIC, uma taxa média de juros ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia para títulos federais, mas sempre com o objetivo de dar velocidade maior ou menor ao consumo (intervenção estatal na economia). Quanto menor ela é, como acontece neste momento histórico brasileiro, mais incentivos existem à tomada de empréstimos (que, no caso dos contratos bancários, tem taxa de juros sempre bem superior que a SELIC) e à ida de novos investidores para o mercado financeiro (já que os investimentos de renda fixa estão atrelados à SELIC e, com esta baixa, perdem a atratividade).

E se as taxas de juros estão baixas e a quantidade de devedores, alta, somados a um cenário econômico no qual o índice de desempregados também é elevado, cria-se um ambiente perfeito para um superendividamento da população, que, apesar de não ser fato novo no Brasil, assume uma visão jurídica diferenciada a partir da Lei 14.181/2021.

Imagino que, por isso, acresceu-se ao Código de Defesa do Consumidor o art. 54-A, cujo conteúdo indica (§1º) que superendividamento é "a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. Nesse contexto, (§ 2º) estão englobados "quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada", exceto (§ 3º) as "contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor".

Para tanto, a nova lei prevê, como novos instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 5º da mesma legislação consumerista), a instituição (inciso VI) "de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural" e (inciso VII) "de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento".

Além disso, fez com que surgisse, como direitos básicos do art. 6º da Lei 8.078/1990, (inciso XI) “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento”, o que se dá por “por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas”, além (inciso XII) da “preservação do mínimo existencial”.

Isso, sem contar que são, agora, nulas (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor) as cláusulas contratuais que (inciso XVII) “condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário” ou que (inciso XVIII) venham a estabelecer prazos de carência nas hipóteses de “impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores”².

² Para a efetivação disso, ainda de acordo com a Lei 14.181/2021, a Lei nº 8.078/1990 passou a vigorar com a inclusão do art. 54-B, cujo teor expressa que, “no fornecimento de crédito e na venda a prazo, é indispensável que o fornecedor ou o intermediário informe ao consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: (I) o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; (II) a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; (III) o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias; (IV) o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; (V) o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor. Nessa linha, (§ 2º) “o custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor”, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro, e deverá (§ 3º) ser indicado, juntamente com o nome do agente financiador e com a soma total a pagar (com e sem financiamento), tanto na oferta de crédito ao consumidor, como na oferta de venda a prazo e na fatura mensal, conforme o caso. Passou-se a combater, como práticas abusivas (art. 54-C e 54-G): a indicação de que “a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor”; a ocultação ou criação de dificuldades de compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo, o assédio ou pressão a para contratação do fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; e o condicionamento do atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais; a realização ou procedimento de cobrança ou de débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada com cartão de crédito ou similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos 10 (dez) dias contados da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte e assegurado ao consumidor o direito de deduzir do total da fatura o valor em disputa e efetuar o pagamento da parte não contestada, podendo o emissor lançar como crédito em confiança o valor idêntico ao da transação contestada que tenha sido cobrada, enquanto não encerrada a apuração da contestação; a recusa ou não entrega ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados de cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do contrato de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato; o impedimento ou dificuldade, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou similar, que o consumidor peça e obtenha, quando aplicável, quanto à anulação ou ao imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos.

Em tempo, a nova lei ainda determina que haja a apresentação de informações contratuais claras, em especial, (art. 54-D) sobre “a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes” e “sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento” considerada a idade, sobre as condições do crédito e a respeito da identidade do agente financiado, com entrega ao consumidor de cópia do contrato.

Todas essas questões da Lei do Superendividamento tentam servir como pano de fundo para freio ao acesso desmedido ao crédito bancário, que poderia (na verdade, sempre poderá) levar o país a uma bolha econômica, semelhantes às norte-americanas, sobre as quais iniciei este ensaio.

2.2. *Processo de superendividamento ou concordata civil?*

Em termos jurídicos, além da criação de direitos e obrigações, também alvos de menções acima, passamos a ter um procedimento judicial específico, com característica revisional (interventiva), que é o processo por superendividamento no Código de Defesa do Consumidor (artigos 104-A e 104-B).

No novo artigo 104-A Lei nº 8.078/1990 é dito que o “consumidor superendividado pessoa natural” poderá requerer a instauração de “processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória”, presidida por juiz ou por conciliador credenciado no juízo, “com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A”. Na ação, o requerente deverá apresentar “proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas”, excluídas (§ 1º) as dívidas “oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento” e “as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural.

Em resumo, por exemplo, dívidas com financiamento de veículos ou mútuos bancários simples podem ser objeto da proposta do parcelamento.

A Lei é criticável: proporciona juízo de subjetividade exacerbada quanto à noção de conduta dolosa por parte do consumidor, pois não é assertivo quanto ao que configura, ou não, o dolo, e cria uma desnecessária obrigatoriedade³ de realização de audiência

³ Para piorar § 2º do novo art. 104-A determina que “o não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, bem como a sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor, devendo o pagamento a esse credor ser estipulado para ocorrer apenas após o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória.”

de conciliação, que de nada serve na realidade, a não ser para atrasar o resultado da tutela jurisdicional

A indagação que caberia fazer neste momento é se tal procedimento seria uma substituição à insolvência civil, que foi esquecida no Código de Processo Civil de 2015, mas é manifesta no de 1973. A resposta, de pronto, é negativa.

O § 5º do art. 104-A da codificação consumerista ressalva que o pedido do consumidor de abertura do procedimento “não importará em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação, semelhantemente ao que ocorre na recuperação judicial (art. 48 da Lei 11.101/2005) para empresários e sociedades empresárias.”

Não obstante, o texto do § 3º do mesmo dispositivo alerta para o fato de que, “no caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida e terá eficácia de título executivo e força de coisa julgada

Assim, é certo que não se trata de insolvência civil, mas de instituto próximo. Ouso dizer que a insolvência civil está para a falência, o que o procedimento de (revisão de dívida por) superendividamento está para a recuperação judicial. E este é o ponto. A partir daqui é possível traçar linhas de analogia e transporte de técnica.

No § 4º do art. 104-A do Código de Defesa do Consumidor, há uma apresentação dos respectivos requisitos do plano de pagamento: (I) medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida; (II) referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso; (III) data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes; e (IV) condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

Entretanto essa recuperação judicial de pessoa natural não empresária toma um rumo inusitado no art. 104-B. Segundo este, se não houver sucesso na conciliação em relação a quaisquer credores, “o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório”, procedendo-se à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

O art. 104-B vai um pouco mais longe e afirma que (§ 1º) “serão considerados no processo por superendividamento, se for o caso, os documentos e as informações prestadas” na (inútil) audiência, mas que, (§ 2º) “no prazo de 15 (quinze) dias, os

credores citados juntarão documentos e as razões da negativa de aceder ao plano voluntário ou de renegociar.”

Nesse caso, (§ 3º) o juiz poderá nomear administrador (judicial), “desde que isso não onere as partes” (ou seja, nunca), “o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos”.

Dizendo novamente a que veio a Lei do Superendividamento, no § 4º do mesmo art. 104-B do Código de Defesa de Consumidor, há o dizer de que “o plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço”, além de que “preverá a liquidação total da dívida, após a quitação do plano de pagamento consensual previsto no art. 104-A deste Código, em, no máximo, 5 (cinco) anos” com a ressalva de que, “a primeira parcela será devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo será devido em parcelas mensais iguais e sucessivas”.

Isso é um absurdo. Nem a Lei 11.101/2005 é capaz de algo tão drástico.

Recordo que a recuperação judicial é um procedimento de jurisdição voluntária, que substituiu a concordata, fazendo com que esta, um mero favor legal ao empresário para que este obtivesse o parcelamento de dívidas à contragosto dos credores, desse lugar àquela, cujas linhas possibilitam a manifestação e aprovação pelos credores do plano de recuperação. Na pior das hipóteses, há resquícios da concordata na própria Lei 11.101/2005, quando, no art. 71, inciso II, determina que o plano de recuperação especial de micro e pequenos empresários deverá prever “parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas”.

Como se vê a Lei do Superendividamento alterou a legislação consumerista para possibilitar pagamento num prazo mais longo (05 anos) e a despeito dos requisitos contidos no art. 54-A e seguintes da Lei 8.078/1990, criados pela própria Lei 14.181/2021, o que beira a insanidade.

Aliás, é triste ver na legislação brasileira que o direito dos credores está cada vez mais fragilizado. Exemplo disso já estava presente no art. 916 do Código de Processo Civil, que prevê que, no prazo para embargos, “o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês”, em clara afronta ao art. 314 do Código Civil, na determinação de que “ainda que a obrigação tenha por objeto prestação

divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.”

Isso representa um caso clássico de modelo solidarista do contrato, como criticado por Luciano Benetti Timm⁴, por ter pretensão excessivamente regulatória, por renunciar à racionalidade econômica e por colidir com a própria globalização do comércio internacional e do direito internacional privado.

3. O administrador judicial no superendividamento

Apesar de não concordar com a Lei 14.181/2021, farei um exercício (não sei se sádico ou masoquista) de digressão sobre a figura do administrador judicial, que pode ser nomeado pelo juiz, segundo mencionado no § 3º do novo (e esdrúxulo) art. 104-B do Código de Defesa do Consumidor.

O texto ressalva que isso não pode onerar as partes (como se isso fosse uma preocupação verdadeira quanto quem forneceu o crédito), o que deixa dúvidas a respeito da remuneração desse indivíduo (afinal, se há superendividamento, como o devedor poderá arcar com tal despesa?)

Também é dito que o administrador terá o prazo “de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, para apresentar um plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos”.

Mas como imaginar essa figura em matéria de pessoa natural não empresária?

Na falência e na recuperação judicial (art. 21 da Lei 11.101/2005), o administrador judicial tem *status* de órgão, que auxilia o Poder Judiciário⁵.

⁴ Ele diz: *O 'Welfarismo' contratual representa a transposição do modelo solidarista de Sociedade e de Direito para o campo das relações contratuais. Se o solidarismo pressupõe o 'holismo' como 'fato social' (um 'novo contrato social'), é nesse contexto de preponderância e prevalência da sociedade que devem ser inseridas as relações de troca entre os indivíduos e nesse caldo ideológico que será criada uma nova concepção de contrato como, antes de tudo, uma relação social, cuja normatividade é definida, mais coletivamente do que individual e voluntariamente. De outro lado, como o modelo solidarista pressupõe uma funcionalidade social do direito, o contrato terá a sua também. Clara que aqui, como visto, o modelo 'welfarista' deixa de ser meramente descritivo, sociológico, para se tornar prescritivo. Não se trata de qualquer funcionalidade para o Direito, mas daquela que pode contribuir para a promoção dos ideais solidaristas (proteção dos fracos, distribuição social do poder e de benefícios, cooperação, justiça corretiva e distributiva). É nesse ideário que será inserido o tratamento do contrato no plano legislativo do Novo Código Civil.* (TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121).

⁵ O direito brasileiro seguiu o exemplo do direito alemão (arts. 56, 67 e 74 do InsO), ao permitir a existência do administrador judicial, do comitê de credores e da assembleia geral. Até no direito espanhol, onde se previa uma junta de credores para administrar o concurso, viu a revogação do art. 27 da Lei 23/2003 pela Ley 17/2014, para determinar que a administração concursal passaria a ser integrada por um único membro, advogado ou economista com formação em direito concursal. Já no direito

Ele deve⁶ ser alguém qualificado como profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada, desde que (art. 30 da Lei 11.101/2005) não tenha exercido as funções de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência anterior, nos últimos 5 (cinco) anos, ou que tenha sido destituído, deixando de prestar contas dentro dos prazos legais ou tendo a prestação de contas desaprovada. Nota-se que os mesmos requisitos não são empregados expressamente no inventário (art. 617 do Código de Processo Civil), tampouco na insolvência e, agora, na Lei 14.181/2021.

Na falência e na recuperação judicial de empresa não se dá tal ênfase sobre os sócios, titulares do capital social da falida ou da recuperanda. Pelo contrário, remete-se o papel de administrador a terceiros, podendo, inclusive, ser uma pessoa jurídica, a fim de se garantir a efetividade do procedimento, como também deve acontecer em matéria de procedimento revisional por superendividamento.

Apesar de tal possibilidade não estar expressa na nova redação do Código de Defesa do Consumidor, por transporte de técnica, entende-se amplamente viável tal direcionamento a uma entidade de tal natureza. É necessário compreendê-lo como órgão⁷.

francês, como exposto na obra de Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn (FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu*. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2018, p. 53), "a situação é mais elaborada. O Tribunal (de comércio, quando o devedor é um comerciante ou exerce uma atividade que requer a inscrição no *repertoire des métiers*) nomeia um juiz comissário (L521-4 do *Code de Commerce*) e mais dois mandatários judiciais (no início de qualquer procedimento ligado à insolvência ou à preservação da empresa): um o administrador judicial; outro o representante dos credores. A par destes existe ainda o comitê de credores (L626-29 do *Code de Commerce*); o *liquidateur judiciaire* (L641, 1, III do *Code de Commerce*), o qual poderá ser mandatário judicial ou um terceiro, mediante pedido formulado do administrador, de credor, do devedor ou do Ministério Público e, por final, o Ministério Público."

⁶ João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 3. ed. São Paulo: ALMEDINA, 2018, p. 243) afirmam que "um juiz inexperiente na matéria concursal com o auxílio de um administrador judicial competente pode bem conduzir uma recuperação judicial ou uma falência. Mas o juiz mais experimentado nesta área tendo ao seu lado um administrador judicial despreparado, negligente ou mal-intencionado terá grandes dificuldades na condução do processo."

⁷ Como recordam João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 3. ed. São Paulo: ALMEDINA, 2018, p. 244-245), "o administrador judicial possui a natureza jurídica de órgão auxiliar da justiça, nos exatos termos do art. 149 do CPC, integrando a organização judiciária da recuperação judicial e da falência. Do ponto de vista processual, enquanto as partes são os sujeitos do processo, os órgãos consistem nos instrumentos pelos quais os processos se desenvolvem. Como esclarece a doutrina, certos órgãos preexistem à instalação dos regimes de crise, porque fazem parte da organização judiciária, como o juiz e o representante do Ministério Público. Outros, porém, são instituídos por tais regimes, como o administrador judicial e a assembleia de credores. Ao atuar como auxiliar da justiça, sem possuir cargo ou emprego público (sem vínculo de trabalho com a Administração Pública, portanto), o administrador corresponde à figura do "particular em colaboração com o Poder

É salutar ao procedimento revisional de superendividamento a adoção de regra ética, como a observada na falência, acerca da impossibilidade de ser inventariante a figura do responsável legal, do curador e do tutor que exercido tais funções nos últimos 5 (cinco) anos antes do falecimento do *de cujus*.

Essas lacunas não são, infelizmente, as únicas quando comparados os procedimentos concursais, a começar pelo significado do que vem a ser administrador judicial e imagino que isso também ocorra nos casos narrados pelos novos dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor.

3.1. A função de arrecadar bens

Sabe-se que, na falência, determina-se que (art. 103 da Lei 11.101/2005), desde a respectiva decretação⁸, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor e que (art. 108), após a assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial (art. 22, III, f) efetuará a arrecadação de bens e documentos e a respectiva

Público”, “atuando em nome do Estado, como uma espécie de agente estatal” mediante remuneração própria. Cumpre verdadeiro *munus* público (encargo, dever, função pública), em caráter voluntário e temporário, cujo ônus é exercido na condição de auxiliar do juízo. Essa a teoria da função judiciária, amplamente aceita”. Segundo eles, “o administrador judicial é homem de confiança do juízo. Não atua nem contra nem a favor do devedor; age no cumprimento de suas funções legalmente definidas. Não é fiduciário de nenhuma das partes interessadas no processo, pois não administra os interesses de nenhuma delas. O administrador judicial não possui, assim, deveres fiduciários para com credores ou devedor; sua responsabilidade é para com a administração da justiça. Deve atuar, portanto, no interesse do concurso. A isenção e a imparcialidade são condições *sine qua non* para sua atuação. Por isso, a despeito de ser nomeado pelo juiz pelo critério da confiança, pode e deve recorrer de toda e qualquer decisão judicial que entenda incorreta e/ou conflitante com os deveres e responsabilidades que lhe são impostos.”

⁸ Como recorda Daniel Carnio Costa (COSTA, Daniel Carnio. *O novo método da gestão democrática de processos de insolvência*. In. CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei no 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência/coordenadores Sheila C. Neder Cerezetti, Emanuelle Urbano Maffioletti*. São Paulo: ALMEDINA, 2015, p. 72), “o objetivo do processo falimentar é arrecadar o patrimônio da empresa falida (todos os seus ativos), avaliá-lo e vendê-lo, pagando-se o maior número possível de credores em observância à ordem de prioridade legal. A eficiência desse tipo de processo se mede pela otimização dos ativos da empresa falida em prol dos credores beneficiados pelos pagamentos devidos, mas também pela destinação adequada dos recursos arrecadados, tendo em vista a manutenção da fonte produtora, ainda que em poder de outros agentes, preservando-se, assim, os empregos, o recolhimento de tributos, a circulação de bens, produtos e serviços. O atingimento do melhor resultado em processos falimentares depende, portanto, da agilidade e do acerto decisório no que tange à arrecadação e destinação dos ativos da empresa falida. Não se trata, apenas, de arrecadar formalmente e vender os ativos da falida. Trata-se de definir, no tempo econômico, a melhor destinação desses ativos, em favor do interesse dos credores e também do interesse público e social. Não é por outra razão que a própria Lei de Falências determina que a alienação do ativo deve observar uma ordem de prioridade, preferindo-se a alienação da empresa em bloco ou das unidades produtivas isoladas (que preservam a fonte produtora de riquezas – atividade empresarial – em mãos de novos donos e, ao mesmo tempo, são hábeis a gerar melhores recursos para o pagamento dos credores) do que a alienação dos bens isolados que compunham a empresa falida.”

avaliação, ficando estes sob a guarda daquele ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade dele, podendo o falido, ou qualquer de seus representantes, ser nomeado depositário dos bens. No inventário, é afirmado (art. 1.991 do Código Civil e art. 618, II do Código de Processo Civil) que a administração da herança será exercida pelo inventariante, entendendo-se a herança como um patrimônio sob sucessão decorrente do falecimento do de cujus. Na insolvência civil (art. 763 do Código de Processo Civil de 1973), por seu turno, temos a massa dos bens do devedor insolvente, que fica sob a custódia e responsabilidade daquele (também chamado de administrador), que exercerá as respectivas atribuições (art. 766, I), sob a direção e superintendência do juiz.

E adivinhe: nada é dito na nova redação da Lei 8.078/1990 quanto ao assunto. Por certo, isso ocorre pelo fato de que nem quem fez a Lei 14.181/2021 deva acreditar que haverá bens disponíveis para o administrador fazer o que lhe cabe.

Nessa linha, importa entender que o administrador judicial atua, não só para se manifestar (art. 22, I, i, da Lei 11.101/2005) nas circunstâncias previstas em lei, como também para tomar para si as funções próprias do titular do direito de propriedade (mas para isso, ela necessita existir). Apenas em determinadas e excepcionais circunstâncias⁹ é que, efetivamente, ele necessitaria gerir o patrimônio da pessoa natural não empresária, daí a similaridade quando analisadas a falência, a recuperação judicial, a insolvência civil, o inventário e, agora o procedimento de superendividamento, nesse aspecto.

Explica-se: tal personagem aparece para adjudicar provisoriamente as funções daqueles que, originalmente, possuem poder de controle sobre determinados bens, ou seja, que podem escolher os rumos econômicos para o conjunto patrimonial sob domínio.

3.2. A função de prestar informações

Administrar significa, também, enviar correspondências aos credores acerca da abertura do procedimento concursal, o que é externado pelo texto do art. 22 da lei falimentar e recuperacional, mas que não está explícito quando da análise dos dispositivos que abordam o inventário, a insolvência civil e o procedimento revisional

⁹ Marlon tomazette (TOMAZETTE, Marlon. *Falência e recuperação de empresas. Curso de direito empresarial* v. 3. 8. ed. São Paulo: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2020, p. 159) explica que, “além de toda a fiscalização, o administrador judicial poderá provisoriamente gerir os negócios do devedor, nos casos de afastamento deste ou de seus administradores. Tal gestão é provisória, pois só ocorrerá enquanto não houver a deliberação da assembleia sobre a nomeação do gestor judicial. Havendo a nomeação e a aceitação do gestor nomeado, cessam os poderes de gestão do administrador judicial.”

de superendividamento. O transporte de técnica aqui favorece a absorção de tal função pelo administrador dos bens do insolvente

E não é só. É certo que a *gestão procedimental* incorpora a necessidade de prestações de informações (art. 22, I e III da Lei 11.101/2005 e art. 618 do CPC de 2015), o que, por óbvio deve ser aplicado à insolvência civil, a única que não faz menção ao tema. Informar pertence à regra da boa-fé objetiva, inerente a todo ato jurídico.

Um ponto que pode causar dúvidas sobre o fato de poder ser, ou não, transportado para outros procedimentos concursais estaria exatamente sobre o ato da “dar extratos dos livros do devedor”, empresário ou sociedade empresária, conforme previsão feita pelo art. 22, I da Lei 11.101/2005. É latente que, nem no inventário, nem na insolvência civil, nem, obviamente, nas hipóteses de superendividamento, há, em regra, necessidade de apresentá-los, eis que tais documentos se voltam à atividade empresarial e, em tese, não seria necessária a respectiva previsão.

A questão, contudo, permite indagar a respeito da possibilidade de ser obrigatória a apresentação de extratos bancários e de impostos do insolvente e do *de cujus*, consoante a existência legal do sigilo bancário e fiscal. A teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada sobre o tema¹⁰, tais sigilos “são direitos individuais não-absolutos, podendo ser quebrados, em casos excepcionais”, como quando da “necessidade, com vistas a final partilha dos bens, em procedimento de inventário”.

Mas como fica a questão do credor do sujeito superendividado? Poderia ele ter acesso a tais extratos em matéria regulada pela Lei 14.181/2021?

Tais perguntas, a meu ver possuem resposta no sentido do acesso irrestrito. Até porque o devedor em tal situação tem o ônus de saber que vai solicitar a instauração de procedimento concursal no qual as informações devem ser compartilhadas com os credores e com juiz, por mais que apenas este tenha, infelizmente, o poder decisório sobre o mérito do pedido de moratória.

3.3. A função de verificar os créditos

Na Lei 11.101/2005, tal como comentado anteriormente, o papel do administrador judicial não é, propriamente, administrar a empresa em crise após a decretação da falência e do processamento da recuperação judicial, mas, sim, a grosso modo, de

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. *Recurso ordinário em mandado de segurança 21210 – DF*. Impetrado: Juiz de direito da Vara de Órfãos e Sucessões da circunscrição judiciária de Brasília – DF. Recorrente: José Gilberto Lopes Moreira e Cônjuge. Recorrido: Célia Maria Mariano Moreira - Espólio. Relator: Ministro CASTRO FILHO. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

apenas servir aos interesses dos credores¹¹. Especificamente, no artigo 35, determina-se que (I) na recuperação judicial, a ela cabe deliberar sobre: (a) a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; (b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 daquela Lei; (e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; e (f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores; enquanto que, (II) na falência, cabe deliberar sobre: (b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 daquela Lei; e (d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores. Além disso, o art. 22, I, daquela Lei estabelece que é dever do administrador judicial “elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º e, posteriormente, (art. 22, I, f) consolidar¹² o quadro-geral de credores nos termos do art. 18.

¹¹Segundo Marlon Tomazette (TOMAZETTE, Marlon. *Falência e recuperação de empresas. Curso de direito empresarial* v. 3. 8. ed. São Paulo: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2020, p. 156) “além da comunicação e do fornecimento de extratos dos livros, o administrador judicial também tem como competência a elaboração de um quadro provisório de credores (relação de credores) à luz da lista fornecida pelo devedor e das habilitações e divergências apresentadas tempestivamente pelos credores constantes da lista. Neste particular, compete-lhe também o exame da escrituração do devedor, para a elaboração desse quadro. Tal relação devidamente publicada poderá ser objeto de impugnações. Nestas, caberá ao administrador emitir parecer, no prazo de 5 (cinco) dias, devendo juntar à sua manifestação o laudo elaborado pelo profissional ou empresa especializada, se for o caso, e todas as informações existentes nos livros fiscais e demais documentos do devedor acerca do crédito, constante ou não da relação de credores, objeto da impugnação. Neste ponto, o administrador judicial acabará defendendo a própria relação de credores elaborada por ele. À luz da relação de credores, das decisões das impugnações e habilitações retardatárias e dos créditos, cuja inclusão é automática, será consolidado pelo administrador o quadro geral de credores, que representa uma relação definitiva dos credores sujeitos aos processos. Todavia, mesmo o quadro geral de credores pode ser modificado. O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro geral de credores, observado, no que couber, o procedimento comum previsto no Novo Código de Processo Civil.”

¹² Na busca pela compreensão sobre o relatório a ser apresentado pelo administrador judicial, Alfredo Luiz Kugelmas e Fabrício Godoy de Sousa (KUGELMAS, Alfredo Luiz; SOUSA, Fabrício Godoy de. *O papel do administrador judicial na recuperação e na falência*. In. ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique, [coord.]. *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: Lei n. 11.101/2005: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014*. São Paulo: SARAIVA, 2015. p. 192) relatam que “existem duas fases na Seção ‘Da Verificação e da Habilitação de Créditos’. Na primeira fase, de acordo com o que dispõe o § 1º do art. 7º da Lei n. 11.101/2005, publicado o primeiro edital com a relação dos credores informados pela requerente da recuperação judicial, terão os credores o prazo de 15 dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados. O procedimento a ser adotado pelos credores é entregar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências, isto significa que eles devem entregar suas peças diretamente no escritório do administrador judicial, que, por sua vez, fará um protocolo de recebimento. Todavia, para maior segurança aos credores e aos jurisdicionados, de um modo geral, as Varas de Falência e Recuperação Judicial da capital de São Paulo também têm recebido as habilitações

Em tudo, observo que não há uma só vírgula do assunto na redação da Lei 14.181/2021, o que permite ampliar a técnica da convocação da assembleia geral como competência do administrador judicial da massa do insolvente e do espólio.

Novamente, a solução falimentar para o tema também pode ajudar o procedimento do superendividamento, no que tange à formação do quadro geral de credores. Graças ao transporte de técnica, é possível conceber ao procedimento a universalidade, própria de juízos concursais, o que permite ao administrador judicial (se existente) o poder-dever de elaborar a relação de credores da pessoa natural nos moldes estabelecidos na Lei 11.101/2005.

Sugere-se tal possibilidade para, entre outros fatores, permitir que seja deliberado: (a) a constituição de Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; (b) a adoção de modalidades de realização do ativo; e (c) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores, subordinados ou não.¹³

ou as divergências dos credores efetuando um protocolo simples. Todavia, nestes casos não é feita qualquer autuação. A Serventia simplesmente elabora uma “Lista de Habilitações e Divergência da Recuperação Judicial em nome da recuperanda. Nesta lista, coloca-se apenas o nome do credor, o número de protocolo e a respectiva data de recebimento. Até o momento em que se findar o referido prazo de 15 dias, o administrador judicial (ou um de seus prepostos autorizados) retira todas as divergências e habilitações, para a respectiva verificação, nos termos do caput do art. 7º da Lei n. 11.101/2005.”

¹³ É claro que há itens comuns entre tais procedimentos, como o dever do administrador judicial de relacionar os processos e assumir a representação judicial das respectivas massas (art. 22, III, c da Lei 11.101/2005, art. 766, II, do Código de Processo Civil de 1973 e art. 618, I, do Código de Processo Civil de 2015). No mesmo sentido, é comum a todos os procedimentos a competência do administrador para a prática de atos necessários à realização do ativo (art. 22, III, i, da Lei 11.101/2005, art. 766, IV, do Código de Processo Civil de 1973 e art. 619, do Código de Processo Civil de 2015). Também se assemelham na falência, na recuperação judicial e no inventário o dever de prestar contas (Art. 22, III, r, da Lei 11.101/005 e art. 618, VII, do Código de Processo Civil de 2015). No entanto, destaca-se a necessidade de diversos outros transportes de técnica da falência e da recuperação judicial, procedimentos mais detalhados, para os o da insolvência civil e o do inventário, nos mesmos moldes vistos nos itens anteriores. Como exemplos, sobre os quais aqui se permite não se aprofundar no momento, citem-se: (a) a contratação de avaliadores (art. 22, III, h) e de profissionais ou pessoas jurídicas (art. 22, I, h) para auxiliar o administrador judicial no exercício das funções estabelecidas por lei; (b) dever de exame, pelo administrador, da escrituração do devedor ou do de cujus (art. 22, III, b); (c) requerer ao juiz a venda antecipada de bens perecíveis, deterioráveis ou sujeitos a considerável desvalorização ou de conservação arriscada ou dispendiosa” (art. 22, III, j); (d) remir, em benefício da massa e mediante autorização judicial, bens apenados, penhorados ou legalmente retidos (art. 22, III, m); (e) apresentar ao juiz para juntada aos autos, até o 10º (décimo) dia do mês seguinte ao vencido, conta demonstrativa da administração, que especifique com clareza a receita e a despesa (Art. 22, III, p); (f) transigir sobre obrigações e direitos da massa falida e conceder abatimento de dívidas, ainda que sejam consideradas de difícil recebimento, após ouvidos o Comitê e o devedor no prazo comum de 2 (dois) dias (art. 22, § 3º).

3.4. A remuneração do administrador e dos auxiliares

Na recuperação judicial e na falência, o administrador judicial possui direito a remuneração devido ao trabalho realizado¹⁴. Tal possibilidade está expressa no art. 24 da Lei 11.101/2005, ao mencionar que o juiz terá que fixar o valor e a forma de pagamento, (§5º) a ser realizado pelo devedor ou pela massa falida na observância¹⁵ da capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes, (3º) exceto se manifestar renúncia “sem relevante razão ou for destituído de suas funções por desídia,

¹⁴ Segundo Gladston Mamede (MAMEDE, Gladston. *Falência e recuperação de empresas*. 11. ed. São Paulo: ATLAS, 2020, p. 77), “o trabalho realizado pelo administrador será remunerado, cabendo ao juiz fixar o valor e a forma de pagamento dessa remuneração, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. No entanto, em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência (§ 10 do artigo 24 da Lei 11.101/05). Em se tratando de microempresas e empresas de pequeno porte, a remuneração do administrador judicial fica reduzida ao limite de 2%, por força do § 50 desse mesmo artigo 24 (incluído pela Lei Complementar n 147/14). Do montante devido ao administrador judicial, 40% devem ser reservados para pagamento após a apresentação e julgamento de suas contas, bem como do relatório final, indicando-se o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificando-se justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido (artigo 24, § 2º). Em se tratando de recuperação de empresa, caberá ao devedor arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo; na falência, a massa falida arcará com tais pagamentos. O administrador judicial substituído será remunerado proporcionalmente ao trabalho realizado. No entanto, o artigo 24, § 30, da Lei 11.101/05, cria ressalvas a esse direito à remuneração proporcional: se o administrador judicial renunciar sem relevante razão ou for destituído de suas funções por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas na Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Seriam estas as hipóteses em que não terá direito à remuneração. Também não terá direito à remuneração o administrador que tiver suas contas desaprovadas. A norma revela, por certo ângulo, inconstitucionalidade flagrante por desconsiderar os valores sociais do trabalho (artigo 10, IV, primeira parte), por desrespeitar o direito à titularidade dos valores auferidos com o próprio trabalho (propriedade – ou, melhor, titularidade – de dinheiro) e sua função social (artigo 50, XXII e XXIII), além de discrepar dos princípios que norteiam o artigo 70 da Carta Política. O ponto central do problema é: não se pode expropriar o trabalhador da remuneração pelo que trabalhou (e o administrador judicial realiza, sim, um trabalho no desempenho de sua função), sem que haja razão de Direito relevante, legítima, razoável, proporcional e, por que não dizer, justa.”

¹⁵ Com relação ao valor, Ricardo Negrão (NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas Falência e procedimentos concursais administrativos*. v. 3. 14. ed. São Paulo: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2020, p. 117) disserta que “o legislador fixou critérios objetivos que podem ser resumidos em quatro palavras: capacidade, complexidade, mercado e proporcionalidade. A capacidade refere-se às forças de pagamento do devedor, isto é, não pode ser de tal forma onerosa que inviabilize o uso da via processual; o grau de complexidade do trabalho compreende o conjunto de atos e as horas efetivamente despendidas pelo profissional nomeado, considerando, ainda, no cálculo de remuneração, os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes (art. 24). Finalmente, quanto à proporcionalidade, o juiz deve fixar os salários do administrador levando em conta, no conjunto, a porcentagem de trabalho efetivamente realizado que lhe é atribuída, caso tenha ocorrido substituição, sem sua culpa (art. 24, § 30). Esta também será a base a ser considerada pelo juiz ao fixar a remuneração dos auxiliares (art. 22, § 10) e pode servir de paradigma ao Comitê de Credores na fixação dos honorários do advogado contratado pela massa (art. 22, III, n).

culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas nesta Lei, hipóteses em que não terá direito à remuneração”.

O elevado grau de subjetividade na interpretação da regra acima não é salutar, mas o que importa é sua existência, que será limitada, na forma do §1º, a 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência, e, na do §5º, a 2% (dois por cento), caso do recuperando ou falido ser exercente de microempresa ou empresa de pequeno porte, hoje configuradas pelo art. 18 da Lei Complementar 123/2006. Aliás, no caso estritamente falimentar, a teor do §2º, será reservado 40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial para pagamento após apresentação e julgamento das contas, especificadas nos arts. 154 e 155 da mesma lei.

Destaco, contudo, que, apesar de não possuir maiores detalhamentos, na insolvência civil há previsão de semelhante remuneração, tal como disposto no artigo 767 do Código de Processo Civil¹⁶ de 1973. O que ainda é melhor do que acontece na Lei 14.181/2021, que nada menciona.

3.5. Procedimentos de destituição e responsabilização do administrador

O parágrafo único do art. 23 da Lei 11.101/2005 prevê que o juiz destituirá o administrador judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor, se aquele não apresentar suas contas ou qualquer dos relatórios previstos e, ainda que intimado, descumprir tal determinado para fazê-lo. Se isso ocorrer, (art. 22, III, q) o destituído deverá entregar ao seu substituto todos os bens e documentos da massa em seu poder, sob pena de responsabilidade. Além disso, o art. 31 faculta ao juiz, de ofício ou mediante requerimento de qualquer interessado, a destituição do administrador judicial quando verificar desobediência aos preceitos legais, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros.

Em outra frente, apesar de não haver dispositivos sobre a destituição do administrador da insolvência civil no Código Buzaid, observam-se normas semelhantes no art. 553 e no art. 625 do Código de Processo Civil de 2015, acerca do inventário.

¹⁶ Art. 767: “O administrador terá direito a uma remuneração, que o juiz arbitrar, atendendo à sua diligência, ao trabalho, à responsabilidade da função e à importância da massa.”

É latente, contudo, que o procedimento de destituição do inventariante é mais completo¹⁷ que o do administrador falimentar ou recuperacional e, obviamente, atende aos anseios da Lei 14.181/2021.

Até por isso, o transporte de técnica aqui é plenamente aplicável ao procedimento de destituição dos administradores judiciais da falência, da recuperação judicial, da insolvência civil e do superendividamento.

4. Breve fechamento

Diante do exposto, está claro que o papel do administrador, uma vez requisitado (quando o juiz da causa quiser) na vida do devedor, poderá usufruir do transporte de técnicas de outros procedimentos concursais brasileiros.

Destaquei no presente trabalho alguns pontos passíveis de análise, mas que, obviamente, não esgotam o assunto, apenas o temperam, pois, talvez o que mais chama a atenção é a própria ausência de necessidade do instituto processual (solidarista e intervencionista) do superendividamento.

Para mim, não houve preocupação, por parte de quem fez a Lei 14.181/2021, com o fato de que um novo procedimento revisional acaba por encarecer o fornecimento do crédito à coletividade, eis que a possibilidade de parcelamento forçado do valor inadimplido constitui-se em verdadeiro ágio no custo de transação, cujo teor será

¹⁷ O detalhamento do procedimento de destituição ainda carece de maiores considerações na doutrina. Autores como Sergio Campinho (CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 11. ed. São Paulo: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2020, p. 77) e José da Silva Pacheco (PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 4. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013, p. 114), por exemplo, afirmam apenas que a destituição pode ocorrer de ofício ou a requerimento, devidamente fundamentado, o que poderia permitir um afastamento em relação à garantia do contraditório. Essa é a mesma linha de Waldo Fazzio Júnior (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 8. ed. São Paulo: ATLAS, 2019, p. 272) exemplifica que “se o administrador judicial não apresentar, no prazo estabelecido, qualquer dos relatórios de sua função (o que não é tão raro assim), será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias sob pena de desobediência. E será destituído. A lei não menciona que nessa circunstância o juiz deva ouvir quem quer que seja.” Em nenhuma dessas considerações, contudo, há a o destaque completo para o procedimento incidental de destituição. Por outro lado, para Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Do administrador judicial e do comitê de credores*. In ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. [Coord.]. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016, p. 141) o juiz “deverá ouvir o administrador ao qual se imputa a falta, não se lhe podendo recusar o direito de defesa. Poderá ele, em seu prol, esclarecer circunstâncias e afastar as imputações. A antiga LF dispunha, quanto à destituição do síndico, que seria ele ouvido, bem como o Ministério Público, antes da decisão judicial, a não ser que se tratasse de excesso de prazo, caso em que o juiz decidiria “em face da simples verificação do fato”. Melhor, porque mais completa, a disposição do diploma revogado.”

inevitavelmente repassado a negócios jurídicos futuros solicitados por outros consumidores (o que pode provocar um superendividamento ainda maior).

Falei bastante dos possíveis trabalhos do administrador judicial, mas estou certo de que sua utilidade será pouco ou nenhuma, na prática. Isso, mais por causa da ausência de viabilidade financeira de sua existência e, infelizmente, menos, por conta da quantidade de procedimentos judiciais para revisões de contrato que, inevitavelmente, invadirão o Poder Judiciário com as demandas absurdas amparadas nas referidas alterações do Código de Defesa do Consumidor.

Referencias

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 11. ed. São Paulo: SARAIVA EDUCAÇÃO.

COSTA, Daniel Carnio. *O novo método da gestão democrática de processos de insolvência*. In. CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei no 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência/coordenadores Sheila C. Neder Cerezetti, Emanuelle Urbano Maffioletti*. São Paulo: ALMEDINA, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 8. ed. São Paulo: ATLAS, 2019

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu*. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2018.

KUGELMAS, Alfredo Luiz; SOUSA, Fabrício Godoy de. *O papel do administrador judicial na recuperação e na falência*. In. ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique, [coord.]. *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: Lei n. 11.101/2005: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014*. São Paulo: SARAIVA, 2015.

MAMEDE, Gladston. *Falência e recuperação de empresas*. 11. ed. São Paulo: ATLAS, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 20. ed., Rio de Janeiro: FORENSE, 2011.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas Falência e procedimentos concursais administrativos*. v. 3. 14. ed. São Paulo: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2020.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 4. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013.

PEREIRA, Wagner Pereira. *24 de outubro de 1929: a quebra da Bolsa de Nova York e a Grande Depressão*. São Paulo: COMPANHIA EDITORA NACIONAL, 2006

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 3. ed. São Paulo: ALMEDINA, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Falência e recuperação de empresas*. Curso de direito empresarial v. 3. 8. ed. São Paulo: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2020.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Do administrador judicial e do comitê de credores*. In ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. [Coord.]. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016.

Da penhora de créditos no CPC

Marcelo Abelha Rodrigues

Pós Doutorando em Direito Processual Universidade de Lisboa. Doutor em Direito PUC-SP. Mestre em Direito PUC-SP. Professor da Graduação e Mestrado da UFES. Advogado e Consultor Jurídico.

1. Introito

Antes de passar ao conteúdo deste ensaio, deixo aqui meu agradecimento, e também os parabéns, aos Coordenadores deste Livro, meus amigos e colegas de instituição. *Parabéns* pela iniciativa de homenagear um Professor querido, dedicado e absolutamente dedicado a UFES: Francisco Lima Vieira Neto. O *agradecimento* é pela ímpar oportunidade de integrar uma obra jurídica com esta finalidade e em co-autoria com inúmeros colegas e alunos, sendo que um deles é meu filho Guilherme.

Passando diretamente ao tema, e tendo em mãos o CPC de 2015, precisamente no art. 831 e ss., temos que a seção III dedicada a penhora, depósito e avaliação possui nove subseções, sendo que destas o legislador processual reservou nada mais, nada menos, do que seis delas para tratar de *regras especiais de penhora* para determinados direitos. Essas são chamadas de “penhoras especiais” porque o Código dedicou tratamento especial e pormenorizado quando o objeto da penhora forem direitos do executado que ali estão previstos.

Assim, num rápido olhar sobre o citado tópico se enxerga que a *Subseção V cuida da Penhora de Dinheiro em Depósito ou em Aplicação Financeira*, a *Subseção VI da penhora de créditos*, a *subseção VII da penhora das Quotas ou das Ações de Sociedades Personificadas*, a *subseção VIII da Penhora de Empresa, de Outros Estabelecimentos e de Semoventes*, a *subseção IX da penhora de percentual de faturamento da empresa* e a *subseção X da penhora de frutos e rendimentos da coisa móvel ou imóvel*.

A razão deste destaque – penhoras especiais - não parece ser outro senão as peculiaridades que envolvem o direito (*real ou pessoal*) do executado que integra seu patrimônio expropriável (que será objeto da penhora e expropriação). Essas peculiaridades tanto podem estar relacionadas a certas *complexidades inerentes ao objeto penhorado*, como no caso da penhora de créditos aqui tratada neste ensaio, mas também ao enorme grau de *importância que ele possui* para o próprio executado, como a penhora eletrônica de ativos financeiros.

Há casos, como na penhora de créditos, objeto deste texto, em que não apenas a penhora segue uma disciplina especial, mas também a própria expropriação propriamente dita, a ponto haver doutrina autorizada que sustente existir nestes arts.

855-869 verdadeiras *execuções especiais*¹ para pagamento de quantia além daquelas que receberam destaque pelo CPC (contra a fazenda pública e alimentos). Não seria, portanto, caso de *penhoras especiais*, mas sim de *execuções especiais* dada as particularidades do procedimento.

Uma última palavra introdutória precisa ser dita, quase em tom de advertência para o leitor distraído. O CPC de 2015 praticamente decalcou os textos dos dispositivos correspondentes previstos no art. 671/676 do CPC de 1973 que tratava da “penhora de crédito e outros direitos patrimoniais”. Por sua vez, voltando um pouco mais no tempo, numa tentativa de simplificar o tema da forma como se encontrava no CPC de 1939, o Código de 1973 simplesmente eliminou regras importantes, misturou dispositivos, enxertou textos causando uma balburdia que serviu muito mais para confundir do que para simplificar a *penhora especial de créditos*. E, como neste aspecto, o CPC de 2015 copiou o CPC de 1973, é inegável que os problemas inerentes ao tema que existiam no Código anterior, permanecem no atual. Mais que isso, será necessário para compreensão dos dispositivos atuais referentes ao tema que tenhamos que saltar o CPC de 1973 e visitar o texto de 1939, bem mais minudente e coerente com o objeto de análise.

2. É preciso visitar o CPC de 1939 para entender o tema da forma como se encontra no atual CPC

Já dissemos antes que o tema da *penhora de créditos* no CPC atual, mero decalque do CPC de 1973, é confuso, baralhado e fruto de uma tentativa mal sucedida de simplificação do tema. O texto do CPC de 1973 piorou em relação ao tema tal como constava no CPC de 1939, pois não se simplifica o tema simplesmente *suprimindo* textos sem fazer o devido arranjo sistemático do que foi mantido. Como o CPC de 2015 praticamente copiou o texto de 1973, o atual código contém inúmeras imperfeições. Adianto ao leitor, mais uma vez, que para compreensão dos textos que cuidam da penhora de crédito no CPC de 2015 será necessário investigar como o tema era tratado no CPC de 1939.

Assim, ao tratar de cada uma das hipóteses da penhora de crédito do atual CPC iremos iniciar o texto com a citação dos dispositivos correspondentes do CPC de 1973 e de 1939.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 4ª edição, p. 663.

3. Panorama inicial

A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios (art. 831 do CPC de 2015). A priori, tudo que integra o patrimônio do executado e tem valor econômico pode ser objeto de penhora, salvo as restrições estabelecidas em lei (arts. 832, art. 833, art. 834 e art. 836).

Não apenas o *objeto* do direito de propriedade que o executado tem sobre *coisas corpóreas* como joias, cédulas, máquinas, carros, imóveis etc. podem ser objeto de penhora, embora estes sejam mais comuns quando se pensa em “penhora” como ato que “*apreende e deposita*” o bem que será futuramente expropriado². É perfeitamente possível que sejam penhorados *direitos de crédito* que o executado tenha junto a terceiros e, eventualmente, em relação ao próprio exequente.³

Já dizia o artigo 931 do CPC de 1939, bem mais minudente que o CPC atual em relação ao tema da penhora de créditos, que “*consideram-se direitos e ações, para os efeitos de penhora: as dívidas ativas, vencidas, ou vincendas, constantes de documentos; as ações reais, reipersecutórias, ou pessoais para cobrança de dívida; as quotas de herança em autos de inventário e partilha e os fundos líquidos que possua o executado em sociedade comercial ou civil*”.

Observe-se que o fato de o executado “B” ser um devedor em relação ao exequente “A”, isso não significa que ele (B) não possa ser credor de diversos outros devedores com os quais tenha vínculo obrigacional. Assim possuindo o executado créditos junto a terceiros, certamente que tais créditos integram o seu patrimônio e como tal respondem também pelas suas dívidas. E não se deve reduzir os créditos apenas aquelas hipóteses tradicionais em que ele é representado por um *título de crédito* como cheque, nota promissória, duplicata etc. É preciso expandir o espectro de visão e admitir créditos que nem sequer tenham sido instrumentalizados em documentos e até mesmo para aqueles que são objeto de ação judicial onde se pleiteia o seu reconhecimento (ação condenatória).

² Em diversos dispositivos o Código aproxima o objeto da penhora às coisas corpóreas, como por exemplo, o artigo 839 que diz que “considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia”. Apreender e depositar perpassam a noção de um bem fisicamente palpável. Obviamente que a penhora não se restringe às coisas corpóreas e a apreensão e o depósito devem ser tomados sob uma perspectiva jurídica quando o objeto não se “apreende” fisicamente, como um crédito não documentado existente junto a um terceiro.

³ “2. O artigo 655, XI, do Código de Processo Civil prevê a penhora de direitos, o que autoriza a constrição do direito possessório, em especial nas situações em que o direito possui expressão econômica e integra o patrimônio do devedor.” (REsp 901.906/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 11/02/2010).

Na execução promovida por "A" contra "B" poderá ser penhorado o crédito que este possui junto a "C" (terceiro). O crédito a ser penhorado pode estar documentado ou não, ser um título executivo judicial ou extrajudicial, pode estar sendo reclamado em juízo, pode ser um título de crédito ou não, pode estar sendo executado ou não, pode ser quirografário ou pignoratício, pode estar vencido ou a vencer etc. Basta que o direito de crédito exista e integre o patrimônio do executado. As circunstâncias que qualificam o direito de crédito como mencionado acima apenas indicam certas diferenças procedimentais, mas todos eles podem, a priori, ser objeto de penhora e expropriação.

O artigo 789 diz que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. É de se notar que o *crédito* que ele possui não é "bem futuro", mas sim bem atual, concreto, e, futuro será, eventualmente o dinheiro resultante deste crédito caso o terceiro efetue o pagamento que deve em juízo. A penhora do crédito atual não se confunde com a penhora do dinheiro que se espera obter com aquele crédito. Penhora de crédito não é penhora de dinheiro.

A penhora de crédito é, com o perdão da repetição, do "crédito" e não do bem jurídico que a ele corresponda na relação jurídica entre executado e seu devedor, inclusive porque é perfeitamente possível que o exequente *adjudique* para si o crédito como forma de satisfação do direito exequendo evitando a transformação do crédito na futura quantia que a ele corresponda que poderia ser depositada pelo terceiro que deve ao executado.

Assim, pode o exequente requerer sejam penhorados créditos que o executado possua junto a terceiros (devedor do executado), mas nestas hipóteses é preciso que saiba que existem certas peculiaridades previstas nos arts. 855 a 860 que precisam ser atendidas e cumpridas para não haver desagradáveis surpresas para no itinerário executivo para recebimento de quantia.

Assim, por exemplo, é preciso saber qual a natureza da obrigação e o respectivo objeto do crédito que o executado possui com terceiros; saber se o crédito está reconhecido em algum título de crédito ou se ainda depende de reconhecimento judicial etc. A depender de cada uma destas respostas será preciso seguir as regras previstas nos dispositivos da Subseção VI.

4. A importância na identificação da natureza do crédito a ser penhorado

O executado "B", que deve dinheiro ao exequente "A", pode ser credor de um terceiro "C", e, justamente este direito de crédito pode ser objeto de penhora da execução movida por A contra B.

Por sua vez, é importante que se saiba qual a natureza da relação jurídica obrigacional que será objeto da penhora, pois, tratando-se de vínculo que envolva uma obrigação de pagar quantia, esta será muito mais simples do que se a prestação for uma entrega de coisa.

Não esqueçamos que o exequente “A” pretende receber dinheiro do executado “B”, e a penhora do crédito não se confunde com a penhora de dinheiro. Quando se pretende a penhora de um crédito pecuniário que o executado possua com um terceiro isso significa apenas que possui o direito de receber determinada quantia, mas quantia ainda não há, porque se houvesse seria penhora de dinheiro ainda que o dinheiro estivesse em *mão de terceiro*. A penhora de dinheiro do executado que está sob guarda de um terceiro é *penhora de dinheiro* (art. 835, I) e não *penhora de crédito* (art. 835, XIII).

A penhora de um *crédito pecuniário* tem a vantagem, inescindível para o exequente, de fazer com que a penhora do crédito se convolva em penhora de dinheiro assim que o terceiro depositar a quantia que deve ao executado na conta do juízo da execução. Quando isso acontecer, a penhora do crédito simplesmente se convola, sem qualquer outra formalidade, em penhora de dinheiro tornando bem mais simples o itinerário executivo.

Por outro lado, se se tratar de crédito que envolva uma prestação de entregar ou restituir uma coisa, assim que o terceiro depositar em juízo a coisa devida a *penhora do crédito passará a ser a penhora da coisa depositada* que ainda precisará ser liquidada em uma expropriação liquidativa para só depois disso entregar o dinheiro ao exequente.

Por sua vez quando a penhora recair sobre um crédito que envolva uma prestação de fazer, situação ignorada pelo Código, mais complexo ainda será o caminho do exequente porque, dada as especificidades naturais que envolvem este tipo de vínculo (execução por transformação), só poderá ser penhorado o eventual crédito pecuniário da prévia e necessária conversão da obrigação específica em perdas e danos.

5. Hipóteses de penhora de crédito descritas no CPC

5.1 A efetivação da penhora de crédito do art. 855 enquanto não acontecer a hipótese do artigo 856

CPC de 2015

Art. 855. Quando recair em crédito do executado, enquanto não ocorrer a hipótese prevista no art. 856, considerar-se-á feita a penhora pela intimação:

I - ao terceiro devedor para que não pague ao executado, seu credor;

II - ao executado, credor do terceiro, para que não pratique ato de disposição do crédito.

CPC de 1973

Art. 671. Quando a penhora recair em crédito do devedor, o oficial de justiça o penhorará. Enquanto não ocorrer a hipótese prevista no artigo seguinte, considerar-se-á feita a penhora pela intimação:

I - ao terceiro devedor para que não pague ao seu credor;

II - ao credor do terceiro para que não pratique ato de disposição do crédito.

CPC de 1939

Art. 937. Para que a penhora recaia em dinheiro existente em mão de terceiro, notificar-se-á este para que não pague ao executado.

§1º Se o terceiro confessar o débito, será havido como depositário para todos os efeitos legais.

§ 2º Se negar o débito, em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, não poderá ser oposta a terceiros.

§ 3º O terceiro exonerar-se-á da obrigação depois de depositada a quantia devida.

O artigo 855 estabelece o regime jurídico da realização da penhora de crédito, *enquanto não tiver ocorrido a hipótese do artigo 856* como ele mesmo diz. Logo, parece claro que existe um regime jurídico para as penhoras dos créditos que se encaixam no que dispõe o artigo 855 e outro regime jurídico para aqueles que se subsumam à hipótese do artigo 856.

Adiantamos que a hipótese do artigo 855 trata da efetivação penhora de créditos em geral e o artigo 856 de como ela é realizada quando o crédito a ser penhorado está incorporado a um título de crédito.

A regra geral da penhora do crédito, diferentemente do art. 839, é que ela se *efetiva* quando os titulares da relação jurídica creditícia forem intimados da referida constrição do crédito. É a dupla intimação a que alude o art.855 quando diz que "*considerar-se-á feita a penhora pela intimação: I - ao terceiro devedor para que não pague ao executado, seu credor; II - ao executado, credor do terceiro, para que não pratique ato de disposição do crédito*".

Uma intimação não depende da outra, ou seja, deferida a penhora do crédito, deve o magistrado determinar que ambas se realizem o mais depressa possível para evitar a

dissipação do crédito a ser penhorado. Ademais, acaso uma intimação seja realizada antes da outra, isso significa que aquele que foi intimado deve cumprir a ordem nele emanada sob pena de responder por ato de má-fé processual.

A intimação do inciso primeiro do art. 855 é direcionada ao devedor do executado, que é *terceiro* em relação a execução de onde emanou a ordem de penhora, de forma que se este não reconhecer a legitimidade do referido ato constitutivo poderá ofertar embargos de terceiro para livrar-se do esbulho judicial. É clara a correta orientação do STJ:

“(...) I - Se o terceiro, em razão da penhora do crédito, aceitou a intimação sem reservas para depositar em juízo todo o valor devido, não pode, posteriormente, invocar eventual crédito que detinha contra o executado para abater desse valor. (...) (REsp 618.242/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2006, DJ 03/04/2006, p. 390)

A intimação deste terceiro tem por finalidade dele obter um comportamento negativo, de que ele *não pague o que deve ao executado* porque este direito de crédito estará afetado à execução. Observe que a *intimação* não é para exortá-lo a *não pagar*, mas que abstenha-se de pagar ao executado. Não poderia a penhora do crédito deferida num processo do qual o terceiro não faz parte interferir no seu direito potestativo de livrar-se da dívida mediante o pagamento do valor devido na data prevista. Isso não é afetado pela penhora, antes o contrário, pois não só pode, como deve pagar e obter a quitação para exonerar-se da dívida, mas deve fazê-lo ao juízo da execução. Neste particular é certa a orientação do STJ:

“(...) A penhora sobre crédito recai sobre direitos certos ou determináveis do devedor, efetivando-se mediante a simples intimação do terceiro, que fica obrigado a depositar em juízo as prestações ou juros por si devidos à medida que forem vencendo. Com esta simples medida, evita-se que o próprio executado receba a importância penhorada, frustrando a satisfação do crédito exeqüendo. Dispensa-se, nesta circunstância, a nomeação de administrador, figura necessária e indispensável para a penhora sobre o faturamento, que exige rigoroso controle sobre a boca do caixa, o que não é, evidentemente, a hipótese. (...) Recurso Especial não conhecido. (REsp 1035510/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 16/09/2008)

É o Estado-juiz, novo *possuidor* do crédito penhorado, que dará a quitação ao terceiro quando este pagar o que deve mediante depósito da quantia em conta vinculada à

referida execução. É de se notar que a penhora se concretiza com a mera intimação, ou seja, a comunicação para proceder segundo o que determina os incisos do art. 855. Como este sujeito é *terceiro* em relação à execução parece-nos claro que por nunca ter integrado o feito deverá ser intimado pessoalmente, por carta ou oficial de justiça, já que dele não consta nenhum dado no processo.

Diversa é a intimação do executado, titular do crédito junto ao terceiro. O executado será intimado na pessoa do seu advogado para não praticar ato de disposição do crédito, ou seja, mantê-lo em seu patrimônio pois ele se sujeitará à expropriação judicial.

5.2 O art. 856 - a penhora pela apreensão física do título de crédito e lege ferenda o edital de comunicação dos terceiros interessados

Art. 856. A penhora de crédito representado por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não este em poder do executado.

§ 1º Se o título não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será este tido como depositário da importância.

§ 2º O terceiro só se exonerará da obrigação depositando em juízo a importância da dívida.

§ 3º Se o terceiro negar o débito em conluio com o executado, a quitação que este lhe der caracterizará fraude à execução.

§ 4º A requerimento do exequente, o juiz determinará o comparecimento, em audiência especialmente designada, do executado e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos.

A regra geral da efetivação da penhora do crédito se dá pela simples intimação do *terceiro devedor* e do *executado credor* não havendo que se falar em *apreensão física do crédito* ainda que ele esteja documentado como vimos na hipótese acima. O objeto da penhora é o crédito, o direito subjacente, o objeto da relação jurídica material, esteja ela revelada ou não em algum documento. O documento em si é irrelevante, pois o que importa é a comunicação ao terceiro e ao executado de que o crédito está penhorado e afetado à execução.

Essa regra geral da dupla intimação não se aplica quando o crédito for representado por um *título de crédito* que, sabe-se, possui a característica da *incorporação do crédito à cartula* ou seja, dado que o documento que representa o crédito possui o predicado da *circularidade* e pode ser endossado para outros portadores é mister que o documento

seja apreendido, esteja ou não este em poder do executado, para evitar a mudança de sua titularidade. Nestas hipóteses o *crédito* e o *documento* se amalgamam e a dupla intimação não resolveria o problema.

Por isso o artigo 856 caput diz que "*a penhora de crédito representado por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não este em poder do executado*" deixando claro que a penhora se efetiva apenas pela apreensão física do documento, prescindindo da dupla intimação prevista no artigo antecedente.

Nesta hipótese diz o artigo 856, §1º que "*se o título não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será este tido como depositário da importância*". A regra acima dá a entender que o problema resultante da *não apreensão do título de crédito* estará resolvido se o *terceiro confessar a dívida*. Em relação ao exequente o problema aparentemente estará realmente resolvido, pois tudo indica que a confissão do terceiro leve a crer que irá depositar o valor devido em juízo, exonerando-se da sua obrigação. Mas, por outro lado, haverá um problema na praça onde circula o título de crédito pois alguém de boa-fé poderá ter adquirido a cartula e ser portador do crédito nela incorporado.

Nesta hipótese, de bom alvitre que se realize não apenas a dupla intimação mencionada no artigo antecedente para presumir a má-fé de qualquer atitude de disponibilização e circularização do título de crédito, como ainda cumprir o que determinava o artigo 939 quando dizia que "*tratando-se de letra de câmbio, nota promissória ou outro título de crédito, considerar-se-á feita a penhora, mediante notificação ao devedor para não pagar, e aos terceiros interessados, por edital com o prazo de quinze (15) dias, para ciência da penhora*".

Em nosso sentir é muito importante a medida de publicação do edital para atingir *terceiros interessados* pois quando estamos de um título de crédito que não seja apreendido (captação física pela penhora) corre-se o risco de que ele circule na sociedade ainda que o terceiro devedor e o executado tenham sido notificados de que tal crédito estaria penhorado

5.3 Ainda o art. 856: o terceiro que confessa se torna "depositário da importância".

O §1º do artigo 856 diz que o *terceiro que confessa a dívida será tido como "depositário da importância"*. O texto acima é completamente desconexo, totalmente sem sentido, afinal de contas *confessar a dívida* não transforma ninguém em depositário da importância. Ao *confessar* que deve o terceiro assume que o executado é seu credor e também põe sobre si a responsabilidade de pagar o que deve ao juízo da execução. A

rigor, o problema deste dispositivo é que o legislador de 2015 repetiu o texto do art. 672 de 1973 que por sua vez fez uma indevida mescla dos arts. 937 e 939 do CPC de 1939.

O art. 937 do CPC de 1939 dizia que:

Art. 937. Para que a penhora recaia em dinheiro existente em mão de terceiro, notificar-se-á êste para que não pague ao executado.

§1º Se o terceiro confessar o débito, será havido como depositário para todos os efeitos legais.

§ 2º Se negar o débito, em conluio com o devedor, a quitação, que êste lhe der, não poderá ser oposta a terceiros.

§ 3º O terceiro exonerar-se-á da obrigação depois de depositada a quantia devida.

Por sua vez o artigo 939 dizia que:

Art. 939. Tratando-se de letra de câmbio, nota promissória ou outro título de crédito, considerar-se-á feita a penhora, mediante notificação ao devedor para não pagar, e aos terceiros interessados, por edital com o prazo de quinze (15) dias, para ciência da penhora.

§ 1º O disposto neste artigo não excluirá a efetiva apreensão do título, se encontrado em poder do executado.

§ 2º A transferência do título, feita após o prazo do edital, considerar-se-á em fraude de execução.

§ 3º O devedor do título não se exonerará, da obrigação sem consignar judicialmente a importância da dívida.

Muito bem, diz o art. 856, repetindo o art. 672 de 1973, entendeu por bem unir a redação dos arts. 937 e 939 do CPC de 1939 sem se atentar para as peculiaridades que tratavam.

O art. 937 do CPC de 1939 cujos parágrafos encontram-se repetidos no atual art. 856 tratava não apenas de crédito do executado junto a terceiro, mas também de *dinheiro em mão de terceiro*, daí porque fazia todo sentido a expressão "*será tido como depositário da importância*". Só que atualmente a penhora de "*dinheiro em mão de terceiro*" além de ser situação bastante improvável, se insere na hipótese do art. 835, I do CPC e não na "penhora de crédito".

5.4 A exoneração do terceiro

Como dissemos anteriormente o direito de exonerar-se da obrigação pagando o que for devido no prazo avençado não foi esbulhado com a penhora do referido crédito. A

penhora do crédito não retira do terceiro devedor o direito de exonerar-se da sua obrigação. Apenas determina que este direito seja exercido perante o juízo da execução de onde emanou a penhora, pois o executado (que é o seu credor), com a penhora efetivada, perdeu a gestão do crédito e não tem poderes para receber o que for pago. Eis que por isso o § 2º adverte ao terceiro que este só se exonerará da obrigação depositando em juízo a importância da dívida. Clássica e vigente é a antiga orientação do STJ:

(...) I. O terceiro emitente de título cambial ao portador, penhorado em execução promovida por outrem contra seu antigo credor, se exonera da obrigação mediante o depósito em juízo do valor correspondente à cédula (CPC, art. 672, parágrafos 10 e 20). II. Recurso especial não conhecido. (REsp 20.986/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2001, DJ 25/06/2001, p. 180).

5.5 Negação do débito pelo terceiro

Uma vez intimado para não pagar ao executado o terceiro pode não confessar o débito, ou seja, pode silenciar a respeito ou simplesmente refutar a própria existência do débito. Diz o §3º que se o terceiro “*negar o débito em conluio com o executado, a quitação que este lhe der caracterizará fraude à execução*”. Para a prova do conluio pode ser necessário, a requerimento do exequente, ou até mesmo de ofício já que se trata de fraude à execução, que o juiz determine o comparecimento, em audiência especialmente designada, do executado e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos.

É perfeitamente possível que o terceiro não reconheça o débito e também não esteja em conluio com o executado, caso em que poderá valer-se de embargos de terceiro para livrar-se da constrição judicial (penhora) referente a um suposto débito que afirmou-se possuir junto ao executado.

5.6 Penhora em mão própria

Curiosa é a situação da *penhora em mão própria*. Admitamos que A executa B e pede que seja penhorado o crédito que B tem contra ele A. A regra estava prevista no §1º do artigo 939 do CPC de 1939:

Art. 939. Tratando-se de letra de câmbio, nota promissória ou outro título de crédito, considerar-se-á feita a penhora, mediante notificação ao

devedor para não pagar, e aos terceiros interessados, por edital com o prazo de quinze (15) dias, para ciência da penhora.

§ 1º O disposto neste artigo não excluirá a efetiva apreensão do título, se encontrado em poder do executado.

Não foi expressamente mantida no CPC de 1973 e tampouco no CPC de 2015, mas é perfeitamente possível extraí-la do sistema (art. 855, II), afinal tratando-se de crédito do executado pouco importa que este seja contra um terceiro ou o próprio exequente. O Código regula minudentemente as situações de crédito envolvendo *terceiros* porque o procedimento implica em intimação deste sujeito estranho para que tenha ciência de que o valor que deve está vinculado ao processo movido por A contra B. Se o “terceiro” é o próprio “exequente” dispensa-se a regra da intimação.⁴

O pressuposto lógico da penhora em mão própria é que as partes sejam “*simultaneamente credores e devedores em processos diversos*”⁵, mas é fundamental que ambos os créditos sejam “certos, líquidos e exigíveis, hipótese em que, mais do que a garantia do juízo, haverá a compensação, ope legis, até o limite do crédito do executado frente ao exequente”⁶.

5.7 Penhora efetivada no “rosto dos autos”

Nas hipóteses em que o crédito esteja sendo pleiteado em juízo, seja em demanda cognitiva ou executiva, inclusive na justiça arbitral⁷, a penhora se efetiva mediante a averbação destacada no “rosto dos autos” a fim de que esta seja efetivada nos bens que eventualmente forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado. Há que se distinguir a penhora atual sobre o direito de crédito pleiteado em juízo com a possível, futura e eventual obtenção do valor dele decorrente. A penhora do crédito no rosto dos autos é atual, presente. Se daí resultará em algum valor que servirá futuramente ao exequente é outra história. Como disse a Ministra Nancy Andrighi o direito litigioso, sobre o qual incide a regra do art. 674 do CPC/73, trata-se de direito futuro e eventual, porque subordinado à confirmação por decisão judicial transitada em julgado,

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, t.x, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 306.

⁵ AgRg no AREsp 155.342/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014.

⁶ REsp 829.583/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 30/09/2009.

⁷ Recurso Especial nº. 1.678.224-SP.

sujeitando-se o terceiro, nele interessado, à sorte e aos azares do litígio para garantir o seu crédito por meio da penhora no rosto dos autos (...).⁸

Embora silente o Código, parece-nos que mesmo havendo o registro da penhora nos autos é importante que se dê a dupla intimação: do terceiro para não pagar ao credor-executado; e do executado para não praticar ato de disposição do seu crédito. Em tese a *averbação* da penhora nos autos físicos ou eletrônicos traria ciência inequívoca de conhecimento, mesmo assim, *ad cautelam*, entendemos que deva ser feita a dupla intimação para evitar questionamentos futuros.

Assim, pela letra da lei, a penhora do crédito pleiteado em juízo pelo executado contra um terceiro necessita de que seja feita a averbação nos autos físicos ou no registro eletrônico se o processo for eletrônico, de forma que assim que houver a satisfação do direito em favor do executado (entrega do dinheiro ou adjudicação do bem penhorado ou fruto de acordo etc.), o produto desta "satisfação", de qualquer forma que ela se der, fica penhorado e afetado à execução movida contra o executado.

Sendo mais explícito, "A" move execução contra "B", que, por sua vez move uma execução contra "C". Então "A" pede a penhora do crédito que "B" tem contra "C". Essa penhora se efetiva mediante um registro nos autos físicos ou eletrônico de tal forma que assim que B receber o que pede contra C (dinheiro ou bem adjudicado) a penhora do crédito se convola em penhora do próprio direito recebido por B, ou seja, este nem terá acesso ao bem que serviu para satisfazer sua pretensão pois já estará afetado ao processo que "A" move contra "B". Obviamente que a *penhora do crédito* não se confunde com a *penhora do produto obtido com o crédito*. Aquela se converte nesta automaticamente.

O texto do dispositivo (art. 86o) é claro ao falar em "*quando o direito estiver sendo pleiteado em juízo, a penhora que recair sobre ele será averbada, com destaque, nos autos*" e mais em seguida fala que "*a fim de que esta seja efetivada nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado*". É muito claro que primeiro há a penhora do crédito que se postula em juízo e em seguida, futura e eventualmente, a convolação desta penhora sobre o produto da satisfação deste crédito em juízo. Daí porque é correta a orientação do STJ ao dizer que "*a penhora no rosto dos autos é apenas a penhora de direito de crédito, não podendo ter o mesmo status de depósito*".⁹

⁸ REsp 1678224/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 09/05/2019.

⁹ REsp 1348044/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 19/12/2012.

5.8 Penhora no "rosto dos autos" e prosseguimento da execução: adjudicação ou expropriação liquidativa

Efetivada a penhora do crédito *no rosto dos autos* de demanda judicial movida pelo executado contra seu devedor então teremos duas demandas conectadas pela penhora do crédito. A penhora é feita num processo e o crédito objeto da penhora é reclamado em outro processo. Assim, tentando ser didático, tem-se uma demanda executiva, aqui chamada de "primeira demanda", movida por "A" contra "B" cuja penhora recaiu sobre um crédito judicialmente reclamado por "B" contra "C" em uma "segunda demanda".

Diante deste cenário tem-se que a penhora ocorrida na *primeira demanda* sobre um bem jurídico reclamado na *segunda demanda* (crédito judicial) pode levar as seguintes situações:

- a) A segunda demanda evolui e a penhora do crédito emanada da primeira demanda se convola em penhora dos bens que, na segunda demanda, forem adjudicados ou que vierem a caber ao executado (art. 860);
- b) A primeira demanda evolui e o crédito penhorado será ou *adjudicado pelo exequente* ou *alienado (expropriação liquidativa)* em leilão público realizado na primeira demanda (art. 857).

É dessa segunda hipótese que trata o artigo 857 do CPC, ou seja, é possível que na execução que move contra "B", o exequente "A" ou opte por *adjudicar o crédito* ou então levá-lo à *alienação judicial* para que seja arrematado por um terceiro e o produto desta arrematação (dinheiro) servirá para satisfazer total ou parcialmente o seu crédito exequendo.

O Código fala em "sub rogação nos direitos do executado", mas a rigor o que se tem aí é verdadeira *adjudicação* do bem penhorado (crédito) pelo exequente. Exige o Código que dita *adjudicação* só possa acontecer se o executado não tiver oferecido embargos ou se tiverem sido rejeitados.

Dá a entender o CPC que a adjudicação é imediata, mas não é como deve ser pois não se pode impor ao exequente receber algo diverso do que ele pretende (dinheiro). Por isso deve ser lido *cum grano salis* a regra do § 1º que diz que o "exequente pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado", pois é exatamente o inverso que deve ser, ou seja, o exequente pode preferir a adjudicação ao invés da alienação do bem penhorado, o que, segundo o Código sua vontade deve ser manifestada no prazo de 10 (dez) dias contado da realização da penhora.

O problema do Código é que ele parte da premissa que a adjudicação do crédito seria mais benéfica do que a alienação do crédito em leilão público, e, isso fica evidente

quando diz no parágrafo segundo que “a sub-rogação não impede o sub-rogado, se não receber o crédito do executado, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens”.

5.9 O interesse jurídico do exequente na tutela do crédito penhorado

Não será difícil imaginar a hipótese de o Exequente “A” ter penhorado direito de crédito do executado “B” que esteja sendo objeto de demanda judicial contra “C”. Feito o registro da penhora na ação de “B” contra “C” de que tal crédito está afetado à execução de “A” contra “B” é possível que este simplesmente passe a adotar um comportamento desidioso e desinteressado nesta demanda pois já sabe que o crédito que vier a receber será destinado parcial ou integralmente à demanda de onde emanou a penhora. É possível, inclusive, que adote este comportamento desidioso com a conivência (conluio) com o próprio devedor de seu crédito.

Para lidar com situações como esta é útil o artigo 857 pois se o exequente tiver adjudicado o crédito penhorado (sub-rogado nos direitos do executado) ele poderá atuar em juízo no processo substituindo a posição do executado, pois ele, exequente, passa a ser o credor do terceiro já que adjudicou para si o referido crédito. Por outro lado, ainda que não tenha adjudicado o crédito penhorado ainda assim terá interesse jurídico manifesto em fazer com que o executado receba em juízo o crédito penhorado culminando na hipótese do art. 86o do CPC. Assim, poderá ingressar e atuar no processo movido pelo executado contra o terceiro devedor sempre no sentido de proteger o referido crédito, pois ao protegê-lo estará reflexamente resguardando a utilidade da penhora emanada da execução que move contra o executado.

5.10 Penhora sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas ou de prestações periódicas

O art. 858 determina que “quando a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas ou de prestações periódicas, o exequente poderá levantar os juros, os rendimentos ou as prestações à medida que forem sendo depositados, abatendo-se do crédito as importâncias recebidas, conforme as regras de imputação do pagamento”.

A penhora na hipótese acima não destoa do que já foi dito anteriormente, pois ou será caso da *dupla intimação* a que alude o art. 855, I e II, ou será caso de apreensão física do título de crédito (art. 856), ou será hipótese de penhora de direito e ação no rosto dos autos (art. 86o).

A diferença aí não é a forma de realização da penhora, mas da peculiaridade de que o crédito penhorado é daqueles que são pagos periodicamente de forma que o terceiro

devedor do executado só se exonera da obrigação que possui mediante o depósito judicial periódico, ou seja, se aplica integralmente a regra do artigo 856, §2º do CPC.

A referência que o dispositivo faz às regras de imputação do pagamento diz respeito, precisamente, aos artigos 354 e 355 do CCB que determinam que “havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital”, e, ainda, de que a imputação do pagamento há de se reputar, em primeiro lugar “nas dívidas líquidas e vencidas”, e, se todas “líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa”.

5.11 Penhora sobre direito a prestação ou a restituição de coisa determinada

O direito de crédito que o executado tenha junto a terceiro pode referir-se ao recebimento de uma coisa, ou seja, não se trata de dívida de dinheiro como nas outras hipóteses tratadas nesta subseção. Diz o art. 859 que “recaindo a penhora sobre direito a prestação ou a restituição de coisa determinada, o executado será intimado para, no vencimento, depositá-la, correndo sobre ela a execução”.

Está claro o dispositivo que a penhora do crédito ao recebimento da coisa passa a recair sobre a própria coisa quando esta for entregue pelo terceiro ao executado. Também aqui não discrepa o momento da penhora como nos outros casos, ou seja, aplica-se a regra do artigo 855 da dupla intimação, ou a hipótese de penhora no rosto dos autos aludida no artigo 860, inclusive com a possibilidade de que venha ocorrer a situação do art. 857 (adjudicação do crédito penhorado ou alienação do crédito em leilão).

O que importa deixar claro que a penhora do artigo 859 é sobre o direito de crédito do executado junto a terceiro, e, este deve ser intimado nos termos do art. 855 para que deposite em juízo a coisa na data do vencimento da dívida, ou seja, não irá entregar a coisa ao seu credor (executado), mas sim depositá-la em juízo da execução de onde emanou a penhora.

Uma vez depositada a coisa no juízo da execução é sobre ela que recairá a penhora, não mais então do direito de crédito, mas da coisa efetivamente “entregue” em juízo, liberando-se o terceiro da obrigação que tinha. Com a penhora sobre a coisa o exequente tanto poderá adjudicá-la quanto levá-la ao leilão para expropriação liquidativa e dali extrair a quantia para satisfação total ou parcial do direito exequendo.

6. Bibliografia

ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Manual de direito processual civil - Parte geral. 7.^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 1.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et. al. (Coord.). Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

COSTA e SILVA, Antônio Carlos. Tratado do processo de execução. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976. vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 8.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações - 1.^a parte. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.

NEVES, Celso. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume VII (arts. 646 a 795). 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, t.x, Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral das obrigações. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985. vol. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 50. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.

Algumas notas sobre a sonegação de bens como hipótese de remoção do inventariante¹

Rodrigo Mazzei

Doutor (FADISP) e mestre (PUC-SP), com pós-doutoramento (UFES). Líder do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI - UFES). Professor da UFES (graduação e PPGDir). Advogado e consultor jurídico.

Sumário: 1. Noções gerais sobre a sonegação (enquanto *sanção civil*) e o seu diálogo com os arts. 621-625 (incidente de remoção do inventariante). 2. Comunicação do art. 621 com o art. 636 (“encerrada a descrição dos bens” e “últimas declarações”). 3. Diálogo com o art. 622, inciso V (remoção do inventariante); 4. Da declaração (“protesto”) por arrecadação de outros bens. 5. Protutor sucessório.

1. Noções gerais sobre a sonegação (enquanto *sanção civil*) e o seu diálogo com os arts. 621-625 (incidente de remoção do inventariante)

A sonegação sucessória é tema de regulação pelo Direito Civil (arts. 1.992-1.996 do CC), sendo necessário que se faça bom diálogo com os arts. 621-625 do CPC que tratam da *remoção do inventariante*, pois uma das motivações para tal medida é justamente a sonegação de bens por parte do condutor da inventariança (art. 622, inciso VI c/c art. 621).

O art. 621 do CPC em vigor adota redação semelhante a que consta no art. 1.996 do CC², no sentido de que sonegação por parte do inventariante está vinculada ao

¹ O estudo é também resultado do grupo de pesquisa “Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos” – NEAPI, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7007047907532311#identificacao>. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

² O dispositivo da lei civil é mais amplo, pois prevê a sonegação do herdeiro (que não é inventariante), configurando-se a situação quando aquele declara no inventário a inexistência de bens que devem ser trazidos à herança, ainda que oriundos da colação (art. 1.992 do CC).

'*encerramento da descrição dos bens do espólio*', com a declaração do inventariante de que '*não existem mais bens a inventariar*'³. Ocorre que, da leitura dos arts. 1.992-1993 do CC/02 extrai-se que a sonegação sucessória está voltada subjetivamente – na própria essência do instituto – aos “herdeiros”, muito embora possa alcançar outras pessoas ligadas ao direito hereditário, como é o caso do legatário⁴. Com efeito, pelo gabarito do diploma civil *a figura do inventariante sonegador está vinculada a sua posição cumulativa de herdeiro*, já que esta não veicula qualquer penalização quando o protagonista da inventariança não se posta como beneficiário direto da herança. Mais ainda, a sanção civil decorrente da sonegação (= *perda do direito sucessório sobre o bem tido como sonegado* - parte final do art. 1.992) será aplicada a '*qualquer herdeiro*', independentemente de estar na posição de inventariante. Dessa forma, a '*sanção*' prevista no art. 1.993 (*remoção da inventariança*) é, na verdade, apenas uma consequência lógica da sonegação perpetrada pelo herdeiro que está na condução da inventariança, pois seria contraditório que tal fato fosse apurado (e declarado) e não tivesse qualquer repercussão na administração do espólio.

O breve passeio pelo Direito Civil demonstra que se deve depurar a *sanção civil* (= *perda dos direitos sucessórios sobre o bem sonegado*) em relação à remoção da inventariança (art. 622 – *conduta inadequada do inventariante na administração da herança*). Tanto assim que para a primeira situação se exige – segundo entendimento majoritário⁵ – a configuração não só do *elemento objetivo* (falta de arrecadação do bem), mas também de *elemento subjetivo* (dolo)⁶⁻⁷, situação última que não é

³ Saliente-se, desde já, que a interpretação aplicada nos dois dispositivos de que a sonegação se caracteriza depois de "*encerrada a descrição dos bens*" não pode ser literal, sob pena, por exemplo, de se inviabilizar qualquer postulação acerca da remoção do inventariante com base na sonegação (art. 622, inciso VI). Vide item 3.

⁴ No sentido: Maria Berenice Dias (*Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 644). Há de se aplicar também ao cessionário de direitos hereditários, pois este ocupa a posição original do cedente. Próximo: Paulo Lôbo (*Direito Civil: Sucessões*. 3a. ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 301).

⁵ No sentido: "A pena de sonegados não é decorrência lógico-jurídica do reconhecimento de que houve desvio de bens. Para sua aplicação, é imprescindível a prova do dolo" (STJ, EDcl no REsp 1.287.490/RS, 3ª. Turma, DJe 12/12/2014). Com semelhante linha: STJ, REsp. 1.267.264/RJ, DJe 25/05/2015; REsp 1.196.946/RS, 3ª. Turma, DJe 05/09/2014.

⁶ De forma resumida, o *elemento objetivo* está configurado pelo ato omissivo na arrecadação de determinados bens (= deixar de apresentar descrição no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou ainda deixar de trazê-los), ao passo que a o *elemento subjetivo* reclama a constatação de conduta dolosa do herdeiro. A sonegação exige, segundo a doutrina majoritária, uma análise de ocultação mais dolo. No sentido: Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 6. Direito das Sucessões. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 454-455), Silvío Rodrigues (*Direito Civil: direito das sucessões*. Volume 7. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 271), Flávio Tartuce (*Direito Civil: direito das sucessões*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 625), Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro*. Volume 7. Direito das Sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 532-533) Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Navares e Rose Melo Vencelau Meireles (*Direito*

necessária para que caracterize gestão defeituosa da herança que autorize a troca da inventariança. Aglutinar os dois temas de forma indissociável levaria a conclusão de que a remoção do inventariante estaria também atrelada ao *requisito subjetivo* da sonegação (dolo), o que é absolutamente inaceitável e impediria, na prática, a destituição do inventariante na maioria das vezes⁸. Não suficiente, restaria prejudicada a instauração do incidente de remoção do inventariante no bojo do inventário sucessório (arts. 622-625) caso este figure como herdeiro, exigindo-se que o tema fosse apurado através de ação própria (art. 1.994 do CC), como sói de ocorrer em relação à sanção da sonegação referente à perda do direito sucessório atrelado ao bem.⁹

das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 266), Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (*Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 523), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (Curso de Direito Civil: Sucessões. Volume 7. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 569), Orlando Gomes (*Sucessões*. 12ª ed. Mario Roberto Carvalho de Faria (atualizado). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 303-304), Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (*Tratado de Direito das Sucessões*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 408), Carlos Maximiliano (*Direito das Sucessões*. Volume III. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 376-377) e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (*Direito das Sucessões*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 398-399). Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho – com olhos mais próximos as linhas de boa-fé objetiva do CC – defendem que “quem não foi fiel com a verdade, violando o dever de informar que deriva do superior princípio da boa-fé objetiva, não pode passar incólume. E isso se aplica, inclusive, ao inventariante” (*Novo curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 436). Próximo: Paulo Lobo (*Direito Civil: Sucessões*. 3ª. ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 302) e Maria Berenice Dias (*Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 645).

⁷ O ‘dolo’ pode se configurar no curso do inventário a partir da não arrecadação depois de recebidas informações acerca da necessidade de assim proceder. No sentido, é possível adaptar a aplicação dos arts. 1.202 e 1.829, parágrafo único, do CC, pois a convocação expressa para a entrega da coisa faz com que mude o quadro na aferição da conduta daquele que se está na posse de bem do espólio (e, eventualmente, de “cúmplice” que não noticia o fato e/ou não adota providências para que a restituição seja efetuada). A ciência inequívoca da necessidade de arrecadação colocará o possuidor em cheque, sendo considerado em situação de má-fé ao se configurar que o bem faz parte da arrecadação sucessória.

⁸ No ponto, a análise do *elemento subjetivo* divide a doutrina, entendendo um segmento que o dolo há de ser provado por quem o alega, ou seja, pela pessoa que aduz a sonegação, ao passo que outra corrente defende que havendo comprovado o *elemento objetivo* (arrecadação não efetuada), caberia a aquele que não trouxe o bem para o inventário provar que não agiu com dolo. Embora o primeiro entendimento seja majoritário, o segundo posicionamento se mostra mais adequado no plano processual (embora a regra seja de ônus para quem alega), pois, *a priori*, o suposto sonegador terá mais condições de fazer prova de que sua conduta não foi intencional, até porque se trata de análise que envolve o seu comportamento, devendo neste caso, haver a inversão do ônus da prova, com base no art. 373, §1º do CPC, sendo necessário, portanto, decisão do juiz no sentido. Com ótimo resumo sobre as correntes, confira-se: Flávio Tartuce (*Direito Civil: direito das sucessões*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 625). Há de se admitir, a depender do caso concreto, a inversão do ônus da prova (art. 373 do CPC atual). Próximo: Maria Berenice Dias (*Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 642).

⁹ No sentido: Cesar Peghini (*Elementos de Direito de Família e Sucessões*. Editora Autografia, Rio de Janeiro: 2018, p. 510), Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (*Tratado de Direito das Sucessões*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 409), Luciano Camargo Penteado (*Manual de Direito Civil: Sucessões*.

Portanto, mesmo que não se apure o “dolo” (exigido pela posição majoritária) para a aplicação da sanção de sonegados ao herdeiro inventariante, tal fato não impedirá a remoção do então protagonista da inventariança, caso se demonstre que sua administração está sendo feita de forma inadequada e, ainda que de forma involuntária, tenha causado prejuízos na arrecadação da herança.¹⁰

Nos casos em que o inventariante não é herdeiro (por exemplo, cônjuge sobrevivente sob o regime da comunhão universal ou inventariante dativo) não há encaixe perfeito do art. 1.992 do CC, apurando-se o eventual prejuízo causado pela má-arrecadação através das regras de responsabilidade civil (arts. 186 e 402 do CC) e não de perda de direito sucessório que sequer existe no caso concreto¹¹. No que se refere à própria arrecadação, a entrega compulsória poderá ser instada por tutela possessória ou reivindicatória (a depender da situação concreta)¹², inexistindo qualquer óbice para

São Paulo; Revista dos Tribunais, 2014. p. 249), Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo Vencelau Meireles (*Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 266-267), Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 6. Direito das Sucessões. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 457-459), José Maria Leoni Lopes de Oliveira (*Direito Civil: Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 762), Eduardo de Oliveira Leite (*Comentários ao novo Código Civil*. Volume XXI. 4ª. ed. 2004. Forense: Rio de Janeiro, p. 725), Silvio Rodrigues (*Direito Civil: direito das sucessões*. Volume 7. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 274), Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª. ed. Carlos Roberto Barbosa Moreira (atualizador). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 397), José Fernando Simão (*Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019 p. 1.540), Mauro Antonini (*Código Civil Comentado*. Coordenação Cezar Peluso. 7ª. Ed. Barueri: Manole, 2013, p. 2.330), Clóvis do Couto e Silva (*Comentários ao Código de Processo Civil. Vol XI – tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 314), Alexandre de Paula (*Código de Processo Civil Anotado*. Vol. IV. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994, p. 3.703), Paulo Lôbo (*Direito Civil: Sucessões*. 3a. ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 302) e Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (*Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 531).

¹⁰ No sentido: “Admitido o desvio de bens, mas negado o dolo, não é aplicável a pena de sonegados, mas os bens devem ser sobrepartilhados. Ação parcialmente procedente” (STJ, REsp. 163.195/SP, 4ª. Turma, DJ 29/06/1998).

¹¹ Bem próximo: Euclides de Oliveira (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite (coords). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 729), Maria Berenice Dias (*Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 644 e 646) e Silvio Rodrigues (*Direito Civil: direito das sucessões*. Volume 7. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 272-274). Parecendo concordar: Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 6. Direito das Sucessões. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 457), Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (*Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 524-525) e Luiz Paulo Vieira de Carvalho (*Direito das Sucessões*. 4a. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.035). Contra, entendendo pela aplicação da sanção civil ao sonegador não beneficiário da herança, confira-se: Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro*. Volume 7. Direito das Sucessões. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 535), Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França (*Curso de Direito Civil*. 37ª ed. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 297) e Carlos Maximiliano (*Direito das Sucessões*. Volume III. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 388-389). Sobre o tema, confira-se ainda: STJ, REsp 52/CE, 3ª. Turma, DJ 18/09/1989.

¹² Igualmente: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (*Direito das Sucessões*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 400).

que ocorra a cumulação com o pleito indenizatório (desde que preenchido os requisitos do art. 327 do CPC). Em coerência aos fundamentos trazidos, configurado quadro de sonegação (ainda que sem 'dolo') por parte do testamentário, este deverá ser também destituído do encargo, perdendo o direito à vintena¹³, situação que igualmente se aplicará ao inventariante externo designado pelo juízo sucessório que faria jus a honorários.

Em síntese conclusiva, permite-se dizer que: (a) a sanção civil (art. 1.992 do CC) não é requisito para a remoção do inventariante; (b) para a remoção do inventariante bastará que seja efetuada a demonstração de administração inadequada do espólio, causando-lhe prejuízo ou exorbitando os atos que lhe foram conferidos (art. 622); (c) espectro subjetivo vinculado à remoção da inventariança é mais abrangente do que ocorre em relação à sanção civil, já que o rol das pessoas que podem figurar como inventariante (art. 617 do CPC) possui amplitude maior em relação ao grupo alcançado pela sanção civil de perda do direito sucessório do bem sonegado (art. 1.992 do CC).

2. Comunicação do art. 621 com o art. 636 ("encerrada a descrição dos bens" e "últimas declarações")

A interpretação literal do art. 621 (cujo texto repete a parte inicial do art. 1.996 do CC) pode levar a equivocada conclusão de que a sonegação do inventariante somente poderá ser configurada ao final do inventário, depois que este apresentar as "últimas declarações" (art. 636 do CPC) e declarar 'que não existem outros bens a inventariar'¹⁴. Tal concepção cria cenário que coloca em xeque a arrecadação dos bens do espólio, tornando o art. 622, inciso V, do CPC, praticamente inócuo, pois a destituição teria pouco efeito prático.

As primeiras declarações (art. 620) são permeáveis e podem absorver retificações ao longo do inventário sucessório. Tanto assim que, a teor dos arts. 626-627, apresentada as primeiras declarações, as partes terão a faculdade de sobre ela se manifestar, requerendo que o inventariante efetue retificações do que foi plasmado e/ou preencha espaços omissos. Há, pois, falsa ideia de dueto fixo entre "as primeiras e as últimas declarações", que estaria pousado respectivamente nos arts. 620 e 636.

¹³ No sentido: Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro*. Volume 7. Direito das Sucessões. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 535), Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª ed. Carlos Roberto Barbosa Moreira (atualizador). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 397), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (*Direito das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 401) e Silvio Rodrigues (*Direito Civil: direito das sucessões*. Volume 7. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 271-272 e 274).

¹⁴ No ponto, há julgado do STJ que sustentou que em caso de falta de "últimas declarações" no bojo do inventário, a ação de sonegados restará prejudicada "por falta de interesse de agir" (STJ, REsp 265.859/SP, 4ª Turma, DJU 07/04/2003).

Na realidade, examinando o procedimento do inventário sucessório padrão, tem-se que as primeiras declarações poderão ser (ordinariamente) ajustadas em três momentos distintos, a saber: (a) depois do contraditório geral acerca do esboço inicial do inventariante (art. 627, § 1º), (b) após a avaliação dos bens (art. 626, segunda parte) e (c) encerrada a fase de liquidação da herança/pagamento das dívidas (arts. 647, *caput*, c/c art. 651), sendo que certo que as “últimas declarações” serão consideradas as mais próximas ao desfecho do inventário sucessório, ou seja, o relatório final que se apresentará depois da liquidação das dívidas.

O cenário procedimental estampado é indicativo de que o art. 636 possui, em regra, campo delimitado (= *ajuste na avaliação dos bens*)¹⁵, não sendo palco natural para que as partes formulem postulações acerca da arrecadação de bens. Na verdade, a arrecadação faz parte de etapa inicial do inventário sucessório (*etapa limiar*¹⁶), sendo absolutamente incorreto se imaginar que está vinculada às “últimas declarações”, pois em *caráter residual*, admite-se que a arrecadação seja feita até o desfecho do inventário, situação que também se permite para habilitação de crédito (art. 642, primeira parte).

Ao se vincular à sonegação de bens de forma indissociável às “últimas declarações” há o desprezo da arquitetura do inventário *causa mortis* e as suas fases, pois, como se viu há mudança no foco dos temas a serem resolvidos (em decorrência do *poliцентриsmo* que marca a sucessão). Dessa forma, a interpretação de que os art. 621 do CPC e 1.996 do CC estão vinculados à última declaração do inventariante antes do desfecho do inventário não pode ser repetida como dogma, impassível de sofrer investigação ou reavaliação.

Dentro do contexto procedimental desenhado pela legislação processual, o encerramento da '*descrição dos bens, com a declaração do administrador da herança de não existirem outros por inventariar*' deve ser efetuado depois de finalizado o incidente que vincula os arts. 620, 626 e 627. Tal conclusão decorre do fato de que é em tal *sítio*

¹⁵ Embora o art. 636 seja tratado como dispositivo atrelado as “últimas declarações”, na realidade o dispositivo trabalha, dentro do rito do inventário, como plataforma para “declaração intermediária”, já que as correções que nele estão previstas (segundo a sua posição topográfica) são atreladas à estimação dos bens. As “últimas declarações”, em verdade, serão plasmadas depois da fase de liquidação da herança (art. 642-646), etapa em que se opera o pagamento das dívidas. A constatação é simples, pois se dívidas forem atendidas restará diminuída as forças da herança, ficando a situação mais evidenciada ainda quando os pagamentos forem efetuados através da *separação de bens*, ou seja, da expropriação consensual de patrimônio do espólio para atender seus credores (art. 642, §§ 2º-4º). A assertiva se confirma com a leitura dos arts. 647 (*caput*) e 651, uma vez que a deliberação judicial da partilha somente se opera depois que o inventariante indique as dívidas atendidas (art. 653).

¹⁶ No tema: Rodrigo Mazzei (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume XXII (arts. 610 a 673. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo).

procedimental que as partes, consoante expresso no inciso I do art. 627, apresentarão os pedidos de ajustes acerca dos 'erros e omissões', inclusive quanto a "sonegação de bens", que alcança aqueles sujeitos à colação (art. 639 do CPC c/c art. 1.992 do CC). No particular, o inciso I do art. 627 atual (diverso do que constava do texto do revogado inciso I do art. 1.000 do CPC de 1973) é expresso ao apontar que a "sonegação de bens" deve ser arguida pelas partes a partir da arrecadação efetuada pelo inventariante nas primeiras declarações, firmando-se contraditório, com a possibilidade de produção de *prova documentada* (art. 612) sobre a questão. O simples fato de que há a possibilidade de que outros bens sejam localizados até o desfecho do inventário, com todo respeito, não muda o adequado momento procedimental para sedimentar a arrecadação dos bens, sob pena de considerar letra morta o disposto no inciso I do art. 627 e desdenhar da importância de tal etapa do inventário sucessório, marcada por amplo contraditório.¹⁷⁻¹⁸

Sem reboços, a descrição dos bens arrecadados pelo inventariante está alocada na *etapa limiar* do inventário sucessório, pois somente assim que as fases seguintes (avaliação e liquidação da herança) poderão ser superadas de forma mais segura, com a definição do que estará no rol de bens atrelados a sucessão. Ademais, não se pode esquecer que a arrecadação e a descrição dos bens fazem parte do cartel das incumbências funcionais do inventariante (art. 618, incisos III, IV e VII¹⁹), cabendo a este elaborar relatório no sentido, indicando as providências adotadas, a fim de que as partes possam se manifestar a respeito. Note-se, pois, que não cabe aos herdeiros apenas reclamar sobre a arrecadação e descrição dos bens pelo inventariante, mas também de declarar os bens que estão na sua posse, assim como trazendo informações sobre outros bens que estão na órbita do espólio.

O quadro demonstra que na *etapa liminar* devem ser concentrados todos os esforços para arrecadação e, dentro de ambiente de boa-fé e transparência (arts. 5º e 6º do CPC), as partes e o inventariante poderão ser intimados para se manifestar, de forma

¹⁷ No tema: Rodrigo Mazzei (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume XXII (arts. 610 a 673. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo).

¹⁸ Tanto assim que se forem localizados bens posteriormente ao desfecho do inventário haverá sobrepilha. A arrecadação extemporânea não está vinculada apenas aos bens sonogados, pois poderão ser localizados outros que não eram de conhecimento geral dos beneficiários da herança (art. 669, I e II).

¹⁹ Bem próximo: Hamilton de Moraes Barros a forma que a sonegação na perspectiva do inventariante é uma "falta funcional" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX (arts. 946-1.102). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 241). Adotando a posição, confira-se ainda Luciano Vianna Araújo (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 2 (arts. 539-925). Cassio Scarpinella Bueno (coord). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202). Próximo: Gerson Fischmann (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85) e Paulo Lôbo (*Direito Civil: Sucessões*. 3a. ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 301).

expressa e direta, acerca de determinados bens não arrecadados, a fim de que suas posições a respeito possam ser debatidas. É inadmissível interpretar o art. 1.996 do CC “com dois pesos e duas medidas”, no sentido de que em relação ao herdeiro a apuração de sonegação se opera quando este declara que não possui o bem (parte final do dispositivo), mas para o inventariante (mesmo que herdeiro) a sonegação fique em estado de “suspensão” até as “últimas declarações” (parte inicial do citado artigo de lei).

Para resolver o embaraço, a importação (adaptada) da técnica prevista no art. 1.807 do CC (aplicável a aceitação da herança) cria estabilidade, isonomia e eficiência na interpretação dos arts. 1.996 do CC e 621 do CPC. Com efeito, verificando-se que não ocorreu a arrecadação/descrição de determinados bens, deve se admitir a convocação específica para fins de configuração da sonegação, facultando que a parte e/ou do inventariante explicita os motivos acerca da postura adotada (ou seja, a não arrecadação de determinados bens). Efetuada a intimação, o silêncio ou resposta evasiva do convocado não poderá ser tolerado, notadamente por parte do inventariante diante das suas atribuições e deveres funcionais²⁰, abrindo-se espaço para configuração da *sonegação*, ainda que no curso do inventário *causa mortis*.²¹⁻²² A

²⁰ Se no retorno da intimação o inventariante e/ou herdeiro deixar claro que a arrecadação não será feita ou se esquivem de atender a convocação, não há sentido de aplicar apenas ao herdeiro a parte final do art. 1.996 do CC, deixando de dar o mesmo tratamento ao inventariante, mormente quando este é também herdeiro.

²¹ No sentido, confira-se: de Carlos Maximiliano (*Direito das Sucessões*. Volume III. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 377), Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro*. Volume 7. Direito das Sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533), Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (*Inventário e partilha: teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 337) e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (*Direito das Sucessões*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 401). Parecendo concordar: Luiz Paulo Vieira de Carvalho (*Direito das Sucessões*. 4a. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.035-1.036). De certa forma, adotando a linha: “A aplicação da pena de sonegados exige prova de má-fé ou dolo na ocultação de bens que deveriam ser trazidos à colação, o que, via de regra, ocorre somente após a interpelação do herdeiro sobre a existência de bens sonegados” (STJ, 1.567.276/CE, 4ª Turma, DJe 01/07/2019).

²² Em exemplo, determinado herdeiro necessário reclama de outros dois coerdeiros também necessários (sendo um deles o inventariante) que seja feita a apresentação de bem doado para ambos em vida pelo autor da herança. Na postulação, é informado que a doação contemplou os dois coerdeiros, sendo estes condôminos do bem objeto da liberalidade que deve ser arrecadado como colação, tendo em vista que não houve qualquer dispensa no sentido (art. 2.005 do CC). Nada obstante a situação condominial, caso seja feita a interpretação gramatical do art. 1.996 do CC, a declaração de negativa do coerdeiro donatário que não figura como inventariante autorizará a investigação acerca da sonegação, ao passo que em relação ao outro coerdeiro necessário também donatário - caso ocupe o posto de inventariante - tal apuração restaria frustrada, ao argumento de que ao último somente se configuraria sonegação depois de lançadas as “últimas declarações”. Trata-se, sem rebuscos, de raciocínio incorreto, devendo se entender – em prol da isonomia – que havendo nos autos declaração indicativa de que não será feita a arrecadação é possível a apuração acerca da sonegação de bens, inclusive ao herdeiro que está na função de inventariante. Com posição próxima: Silvio Rodrigues (*Direito Civil: direito das sucessões*. Volume 7. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 274), Silvo de Salvo

referida intimação poderá ser postulada (de forma fundamentada) por qualquer interessado, sem prejuízo da possibilidade da convocação de determinada de ofício pelo juiz que conduz o inventário, uma vez que se trata de diligência necessária ao desfecho da arrecadação. Diante das repercussões, o juízo sucessório deverá alertar ao convocado as consequências acerca da sonegação²³, exigindo que as declarações sejam feitas de forma explícita, notadamente quando há dúvida ou conflito sobre a arrecadação de determinado bem. Assim, com a postura cooperativa do juízo sucessório (art. 6º do CPC)²⁴, a sonegação poderá ser elidida ou caracterizada, não havendo qualquer motivação para que a questão conflituosa seja postergada para as “últimas declarações”.

3. Diálogo com o art. 622, inciso V (remoção do inventariante)

Consoante já adiantado em item anterior, o art. 1.996 do CC está vinculado à ação autônoma necessária para a aplicação da sanção civil de perda do direito sucessório sobre o bem sonegado (arts. 1.992 e 1.994), ao passo que o art. 621 do CPC possui vínculo com a condução da inventariança, no sentido de que com evidência acerca de ato de sonegação do inventariante poderá ser instaurado o incidente respectivo à sua remoção (art. 622, inciso V, do CPC).

A premissa é de grande importância, pois o art. 621 deve ser interpretado exclusivamente para a bandeja do inciso V do art. 622 (que está atrelado a uma trinca de hipóteses *sonegação*, *ocultação* e *desvio de bens*). Para aplicação da legislação processual não é necessário que se configure o dolo, bastando conduta culposa do inventariante acerca da *arrecadação patrimonial*, com apresentação desta de forma

Venosa (*Código Civil Interpretado*. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.704), Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 1.476) e Marcus Vinicus Bachiega (*Comentários ao código de processo civil: perspectiva da magistratura*. Silas Silva Santos, Fernando Antônio Maia da Cunha, Milton Paulo de Carvalho Filho e Antonio Rigolin (coord). 2ª. ed, Thompson Reuters, São Paulo/Brasil, 2020, p. 708). Parecendo concordar: Gerson Fischmann (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85), Luciano Camargo Penteado (*Manual de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2014. p. 250), Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (*Inventário e partilha: teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 336), Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro*. Volume 7. Direito das Sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 533), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (*Direito das Sucessões*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 400) e Dimas Messias de Carvalho (*Direito das sucessões: inventário e partilha*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 481).

²³ A prevenção faz parte da atividade do juiz. No sentido: Miguel Teixeira de Sousa (*Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62-67)

²⁴ Sobre a cooperação na perspectiva do juízo sucessória, confira: Rodrigo Mazzei (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume XXII (arts. 610 a 673). Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo).

incompleta²⁵. Isso porque o pano de fundo da discussão está no exercício da inventariança, em que arrecadação de bens se posta com uma das funções mais importantes (art. 618, incisos III, IV e VII, c/c art. 620, inciso IV).²⁶

O que interessa para efeito do art. 622 é verificação de (potencial) conduta do inventariante que coloque em risco a condução do inventário sucessório e a proteção do seu patrimônio. Seria absurdo pensar, em exemplo, que a atuação culposa do inventariante na manutenção dos bens, deixando que estes se deteriorem ou que sejam dilapidados, justifique a sua remoção da inventariança (art. 622, inciso III), mas que, no caso de não arrecadação, deixando-os no poder de outros que não o espólio, situação ainda mais grave, não fosse possível a destituição do inventariante. O inciso V do art. 622 deve ser interpretado no contexto das demais hipóteses do dispositivo e da correspondente consequência jurídica (remoção do inventariante), que não alberga a sanção civil do art. 1.992 do CC²⁷. Pensar diferente conduziria a união indissolúvel dos arts. 621 do CPC e 1.996 do CC, não podendo mais a remoção do inventariante ser processada por incidente, já que reclamaria ação autônoma (art. 1.994 do CC).

4. Da declaração (“protesto”) por arrecadação de outros bens

No curso de inventário sucessório é comum – dentro da *práxis forense* – que o inventariante lance ‘declaração’ de que não encerrou a arrecadação, pois está averiguando se ainda há outros bens a arrecadar. Por outras vezes, ao fim da descrição dos bens inventariados, o inventariante apresenta requerimento, em forma de ‘protesto’, para que a arrecadação não seja encerrada, afirmado que há a possibilidade de atração de outros bens para o inventário. A declaração/postulação genérica não impedirá a remoção do inventariante, caso se verifique o administrador da herança tinha condições de efetuar a arrecadação, mas optou por não o fazê-lo²⁸. Para que a declaração/protesto tenha alguma eficácia no sentido, é fundamental que o inventariante explicita as diligências que estão sendo efetuadas, esclarecendo as investigações e/ou providências vinculadas à arrecadação²⁹. Por exemplo, o

²⁵ Parecendo concordar: Luciano Vianna Araújo (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 2 (arts. 539-925). Cassio Scarpinella Bueno (coord). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 203).

²⁶ Bem próximo: Hamilton de Moraes Barros (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX (arts. 946-1.102). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 241-242).

²⁷ Próximo: Gerson Fischmann (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85-85).

²⁸ Na verdade, tal declaração/protesto é de todo dispensável, uma vez que a legislação admite a sobrepilha, com a arrecadação de bens descobertos depois do desfecho do inventário (art. 669, inciso II, do CPC e 2.022 do CC).

²⁹ Até mesmo para efeito de exclusão de bens que naturalmente fariam parte da arrecadação, remetendo-os para a sobrepilha (art. 2.021 do CC), deverá o inventariante justificar a conduta. No

inventariante apresenta relatório de arrecadação, ressalvando ao final que desconhece os atos de liberalidade efetuados pelo autor da herança aos herdeiros necessários longo de sua vida e que fará a intimação pessoal de tais pessoas, a fim de que estas façam parte da arrecadação.³⁰

Não se deve admitir que a '*declaração/protesto genérico*' funcione como redoma de proteção do inventariante, pois a falta funcional decorrente da não arrecadação será apurada a partir da configuração (ou não) da ocorrência de ato involuntário ou de equívoco justificável³¹. Assim, a transparência na declaração ou protesto quanto à possibilidade de outros bens a declarar é fundamental para análise da conduta do inventariante acerca da sonegação de bens e os enleios envolvendo a arrecadação.³²

5. Protutor sucessório

Com a nomeação do *protutor sucessório*³³ a arrecadação efetuada pelo inventariante deverá ser checada pelo referido fiscal. Com tal norte, a dicção do *protutor* reprovando a arrecadação do inventariante poderá, em ilustração aplicada ao art. 621 do CPC,

tma: Rodrigo Mazzei (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume XXII (arts. 610 a 673. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo).

³⁰ Em outra ilustração, o inventariante pode apresentar protesto para averiguação de bens fora do domicílio do falecido, tendo em vista que a arrecadação efetuada até a presente data se circunscreveu à comarca do juízo do inventário a partir das informações contidas nos documentos pessoais do autor da herança, tais como declaração de imposto de renda e material entregue pelos herdeiros.

³¹ Bem semelhante: Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª. ed. Carlos Roberto Barbosa Moreira (atualizador). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 396), Silvo de Salvo Venosa (*Código Civil Interpretado*. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.704) e Hamilton de Moraes Barros (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX (arts. 946-1.102). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 243).

³² Bem próximo, Hamilton de Moraes Barros defende que: "Não isenta nem da falta nem da sua apenação processual, civil ou criminal, a ressalva, ou o protesto, em forma tabelioa, de trazer a descrição outros bens de que venha a ter notícia. Essa ressalva, ou protesto, somente é de acolher-se, se a omissão foi comprovadamente involuntária, ou filha de erro plenamente escusável. Não será nunca um escudo, a assegurar a legítima impunidade" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX (arts. 946-1.102). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 243). Carlos Maximiliano ratifica a ideia posta no corpo do texto ao afirmar que o "protesto de completar a relação dos componentes do acervo só se aproveita, se é sincero e leal, se não há dolo, se logo após a indicação ou reclamação, o inventariante se apressa em sanar as faltas" (*Direito das Sucessões*. Volume III. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 379).

³³ O *protutor* em sua acepção clássica é uma figura que visa fiscalizar os atos do tutor ou do curador (arts. 1.742 e 1.774 CC), sendo perfeitamente possível sua importação para o inventário sucessório, pois em determinados casos a fiscalização por ele exercida evitará conflitos e a instalação de ambiência de pouca transparência. No tema: Rodrigo Mazzei (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume XXII (arts. 610 a 673. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo).

autorizar a remoção do inventariante (conferido o contraditório e instauração do incidente previsto nos arts. 622-626 do CPC).

A depender do conteúdo do relatório do *protutor* e a resposta do inventariante, poderá ser proposta ação de sonogados ainda com o inventário judicial em curso, pouco importando se lançadas ou não as “últimas declarações”.

O quadro, além de ratificar a importância de se cogitar a presença do *protutor* no inventário *causa mortis*, confirma a inviabilidade de sempre se vincular os arts. 621 do CPC e 1.996 do CC à presença nos autos das “últimas declarações”, uma vez que há situações em que haverá material nos autos que autorizará a investigação acerca da conduta do inventariante antes da apresentação de aludida peça da fase terminal do processo sucessório.

Referências

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado*. Coordenação Cezar Peluso. 7ª. Ed. Barueri: Manole, 2013.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 2 (arts. 539-925). Cassio Scarpinella Bueno (coord). São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROS, Hamilton de Moraes Barros. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IX (arts. 946-1.102). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BACHIEGA, Marcus Vinicus. In: *Comentários ao código de processo civil: perspectiva da magistratura*. Silas Silva Santos, Fernando Antônio Maia da Cunha, Milton Paulo de Carvalho Filho e Antonio Rigolin (coord). 2ª. ed, Thompson Reuters, São Paulo/Brasil, 2020.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 4a. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das sucessões: inventário e partilha*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 6. Direito das Sucessões. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. Mario Roberto Carvalho de Faria (atualizado). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 7. Direito das Sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. Volume 7. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XXI. 4ª. ed. 2004. Forense: Rio de Janeiro.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 3ª. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Volume III. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MAZZEI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume XXII (arts. 610 a 673. Jose Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e José Francisco Naves da Fonseca (coords). São Paulo: Saraiva, no prelo.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil*. 37ª ed. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

OLIVEIRA, Euclides de. In *Comentários ao Código de Processo Civil*. Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite (coords). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito Civil: Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. IV. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PEGHINI, Cesar. *Elementos de Direito de Família e Sucessões*. Editora Autografia: Rio de Janeiro, 2018.

- PENTEADO, Luciano Camargo. *Manual de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª. ed. Carlos Roberto Barbosa Moreira (atualizador). Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito das sucessões*. Volume 7. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol XI – tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SIMÃO, José Fernando. *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.
- STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES Rose Melo Vencelau. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- VENOSA, Silvo de Salvo Venosa. *Código Civil Interpretado*. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2019.

Julgamento do mérito do recurso desprovido de requisito de admissibilidade

Tiago Figueiredo Gonçalves

Doutor e Mestre pela PUC/SP. Professor Adjunto na graduação e no mestrado da UFES. Professor do UNESC. Advogado.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da primazia do julgamento do mérito; 3. Princípio da eficiência; 4. O art. 488 do CPC/15, a primazia da solução do mérito e a eficiência; 4.1. A importância do papel do relator para a aplicação do art. 488 do CPC em âmbito recursal; 4.2. A possibilidade de interposição de recurso pela parte favorecida com a decisão unipessoal de inadmissibilidade do recurso; 4.3. O mérito do recurso interposto contra a decisão que decide o mérito favoravelmente à parte que se beneficiaria com o juízo de inadmissibilidade; 4.4. Juízo de admissibilidade e efeito devolutivo do recurso.

1. Introdução

Temos dito que o CPC de 2015 constitui marco normativo instaurador de novo paradigma de processo no ordenamento jurídico nacional.¹ Processo cuja ordenação foi concebida e gestada sob a égide de Estado Constitucional de Direito, e que reclama disciplina e interpretação em conformidade com as regras e os princípios fundamentais estabelecidos na CR, a qual, enquanto higher Law, coloca-se como cânon de validade de todas as normas infraconstitucionais. Não por outra razão, o primeiro artigo do Código traz uma determinação para aqueles que se arvoram manuseá-lo, seja para sistematizar dogmaticamente suas disposições, seja para dele extrair normas de aplicação concreta: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CRFB, observando-se as disposições deste Código” (art. 1º do CPC/15).² A ele se somam, num total de 15 (quinze), artigos que

¹ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo código de processo civil. Cassio Scarpinella Bueno (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil, Ciclo 1, Volume 2*.

² Ao dispor que o processo deve ser “ordenado” conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição há um comando dirigido ao próprio legislador. Quando dispõe que o processo deve ser “disciplinado”, o comando tem por destinatária a doutrina, que ao construir a dogmática jurídica processual não pode olvidar dos valores e das normas fundamentais previstas na Constituição. Por fim, ao estabelecer que o processo deve ser “interpretado” de acordo com a Constituição, o comando é voltado para o seu aplicador.

compõem, no Livro I da Parte Geral, o Título Único denominado “das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”. Conglomerado de disposições, pois, que já no primeiro Livro do CPC/15, em rol reconhecidamente exemplificativo, fornece cardápio de regras e princípios os quais, a par de sua natural carga normativa, servem de bússola para a interpretação e a aplicação das demais disposições processuais, codificadas ou não.

Entre tais dispositivos, encontramos o art. 4º e o art. 8º, dos quais são extraídos respectivamente os princípios da primazia da solução do mérito e da eficiência. A partir de tais dispositivos pretendemos, por este ensaio, fazer leitura mais ampla do art. 488 do CPC/15, para dele extrair regra com aplicabilidade também no âmbito recursal, de maneira a autorizar o tribunal a enfrentar o mérito do recurso, a despeito da existência de fundamento para inadmiti-lo. Antes de testarmos a assertiva a partir de situações hipotéticas, faremos incursão sucinta em tono do princípio da primazia da solução do mérito (art. 4º do CPC/15) e do princípio da eficiência (art. 8º do CPC/15), que dão substrato teórico para a conclusão lançada. Ademais, nos debruçaremos sobre o texto do art. 488 do CPC/15, para, depois de compreendê-lo, analisar a aplicabilidade da regra dele extraída em sede recursal.

2. Princípio da primazia da solução do mérito

O princípio da primazia da solução do mérito encontra previsão expressa nos art. 4º do CPC/15. A obtenção de decisão de mérito é um direito das partes: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. O direito à solução do mérito é concretização da garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88 e art. 3º do CPC/15), a qual não pode ser compreendida em perspectiva meramente formal. É preciso que para além do mero ato de demandar, a garantia de acesso à justiça seja delineada a partir da consagração dos demais princípios e garantias inerentes à cláusula do devido processo legal ou processo justo, de maneira que ao jurisdicionado seja proporcionada, para além de sua entrada, a saída do processo com a solução de mérito justa e efetiva. Neste contexto, o acesso à justiça pressupõe o exercício do contraditório, a publicidade dos atos, a garantia à prova e à vedação da produção de prova ilícita, a garantia de fundamentação das decisões, a duração razoável, a isonomia etc. *Pressupõe, por fim, o direito à obtenção de solução de mérito justa e efetiva.*

Há no princípio da primazia da solução do mérito um componente que atrai para o juiz o compromisso de, ao conduzi-lo, levar o processo sempre que possível à solução de mérito, concretizando, a um só tempo, o direito à obtenção de tutela jurisdicional e o direito substancial tutelado. *Proferir decisão sem resolução de mérito em processo cujo mérito poderia ser enfrentado significa violar o direito à obtenção de decisão de mérito, o*

que, em outros termos, consiste em negativa de jurisdição, em violência ao acesso à justiça e ao devido processo legal.³ Daí porque, como assinala Morello: La posición del juez cambió radicalmente: por supuesto que es independiente, pero está comprometido con las consecuencias que se sigan de la interpretación facilitadora de la realización, y no de la frustración por razones formalistas, de derechos que cuentan con especial tutela constitucional.⁴

Se do ponto de vista funcional o processo jurisdicional deve viabilizar ao jurisdicionado uma solução em torno do mérito, seja ela construída ou adjudicada, é preciso que então, estruturalmente, esteja todo ele arquitetado de maneira a se alcançar este objetivo. Pode-se mapear ao longo do código de processo diversas disposições, que têm por destinatários seus atores, mas muito especialmente o juiz, cujo propósito é dar vazão à primazia da solução do mérito.⁵ *A decisão de mérito é o resultado natural que se espera e se almeja para um processo realizado em comunidade de trabalho, no qual todos os sujeitos atuem de maneira participativa.*⁶ A atuação participativa é exigida dos sujeitos do processo com vistas a que se atinja um único resultado: uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/15).⁷ A contrario sensu, a decisão sem resolução

³³ Neste particular, Alexandre Câmara, com muita propriedade, assinala que “O processo é método de resolução do caso concreto, e não um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. SP, Atlas, 2017, p. 9.

⁴ MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2. ed. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 93.

⁵ Paula Paraguassu da Silva, em texto elaborado como base para apresentação de seminário em disciplina do Mestrado em Processo na UFES, identifica tais disposições como de duas naturezas: há aquelas que autorizam o saneamento do vício, e aquelas que autorizam a superação do vício, em que pese a sua existência. Entre as primeiras estão as disposições dos arts. 139, 317, 321, 338, e 339. Entre as segundas, as dos arts. 188, 277, 282, e 488. PARAGUASSU DA SILVA, Paula. *A primazia do julgamento do mérito como norma fundamental do processo civil*. Texto inédito.

⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 4º. In: STRECK, Leni Luiz; NUNES, Dierle; _____ (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38.

⁷ Como anota Rosa Maria de Andrade Nery: “O juiz passa a ter um novo perfil funcional: não é mais a autoridade que se presta unicamente a dizer o direito: é a autoridade que - com atuação conciliadora - se volta para recepcionar as partes, em seus lúdicos anseios, para que elas possam ajudá-lo a dizer o direito, conformado para a experiência daquele momento jurídico singular da experiência de cada um dos litigantes. Doravante as partes - no processo civil em geral - assumem um papel de interlocução mais próxima do juiz, não como antagonistas que aguardam decisão, mais como protagonistas que constroem a decisão. O juiz, de sua parte, deixa de exercer a autoridade como uma dádiva ao súdito, mas permite que as partes o ajudem na tarefa de escolher a solução e dá-la, na dose devida, aos pacientes.” NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 64, p. 261-274, out-dez. 2015. Versão digital.

de mérito deve ser vista como “anormal, atípica, invulgar e como tal deve ser tratada”,⁸ e por isso deve ser excepcionada.⁹

Tomem-se algumas disposições de exemplo. O Código manda que o réu, ao arguir a sua ilegitimidade passiva, aponte, sempre que possível, o sujeito passivo da relação jurídica discutida, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação (art. 339 do CPC/15). E ao juiz, havendo a alegação de ilegitimidade passiva, que faculte ao autor a alteração da petição inicial para substituição do réu (art. 338 do CPC/15). Evita-se assim decisão fundada no art. 485, VI, do CPC/15.

Parece-nos que tais disposições são aplicáveis ao cumprimento de sentença e à execução, quando a ilegitimidade do executado é arguida por ele, respectivamente, na impugnação (art. 525, § 1º, II, do CPC/15) e nos embargos (art. 917, VI, do CPC/15).

Parece-nos, ainda, que o art. 338 do CPC/15 deva ser aplicado igualmente quando a ilegitimidade passiva do réu for detectada de ofício, de modo que, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, cumpre ao juiz oportunizar manifestação do autor (art. 10 do CPC/15), conferindo-lhe a faculdade de, assim querendo, requerer a substituição do réu (art. 317 do CPC/15), desde que, naturalmente, o momento procedimental ainda comporte tal substituição sem maiores prejuízos para o processo. O art. 317 do CPC/15, aliás, assim como o art. 139, IX, do CPC/15, constituem consagração explícita da primazia da solução do mérito. Aquele ao estabelecer para o juiz o dever de, antes de proferir decisão terminativa, conferir à parte oportunidade de corrigir o vício que ensejaria tal pronunciamento.¹⁰ Este ao prescrever que o juiz deve determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.¹¹

Guarda, também, relação direta com o princípio da primazia da solução do mérito a regra que confere ao autor o direito de emendar ou de complementar a petição inicial, antes de tê-la indeferida pelo juiz, e que ao mesmo tempo impõe a este, ao oportunizar

⁸ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. atual e ampl. RJ: Forense, p. 53.

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁰ “Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”

¹¹ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:”

“IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;”

a emenda, a indicação clara e direta do que precisa ser emendado ou complementado (art. 321 do CPC/15).¹²

No âmbito dos tribunais, muito especialmente quanto ao que diz respeito aos recursos, mas não exclusivamente, como uma forma de enfrentamento e barreira à prática do que se denominou de jurisprudência defensiva, o Código trouxe específicas disposições voltadas a prestigiar igualmente o julgamento do mérito das demandas de competência originária e do mérito recursal. É que, conforme corretamente assinalado por Fredie Didier Jr., a primazia da solução do mérito se relaciona não apenas com o mérito da demanda principal, mas, também, com o mérito do recurso e de demanda incidente.¹³

Tome-se de exemplos: (i) o art. 932, par. único, que manda o relator oportunizar ao recorrente a correção do vício ou a complementação da documentação exigível antes de inadmitir o recurso; (ii) o art. 968, § 5º, I e II, de acordo com o qual, uma vez reconhecida a incompetência do tribunal para o julgamento da rescisória, deve o autor ser intimado para emendar a inicial, a fim de adequar o objeto da rescisória; (iii) o art. 988, § 6º, que não considera prejudicada a reclamação com a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado; (iv) os §§ 2º e 4º do art. 1.007, que autorizam, respectivamente, a complementação e o recolhimento tardio do preparo do recurso; (v) o § 7º do mesmo art. 1.007 que afasta a pena de deserção pelo simples preenchimento equivocado da guia de custas do preparo, determinando ao relator que intime o recorrente para sanar o vício caso o equívoco gere alguma dúvida; (vi) o § 3º do art. 1.017 que determina ao relator a aplicação da cláusula de sanabilidade do art. 932, par. único, mesmo para o caso de falta de cópia de qualquer peça no agravo de instrumento; (vii) o § 3º do art. 1.024 que permite conhecer de embargos de declaração como agravo interno; (viii) o § 3º do art. 1.029 que preceitua que o STJ e o STF desconsiderem vício formal de recurso tempestivo, ou que determinem a sua correção, desde que não o considere grave; (ix) o art. 1.032 que possibilita a conversão do recurso especial em recurso extraordinário; e (x) o art. 1.033 que possibilita a conversão do recurso extraordinário em recurso especial, quando considerar reflexa a ofensa à Constituição.

Interessam-nos aqui mais diretamente as disposições contidas no art. 282, § 2º e no art. 488, ambas do CPC/15, das quais se extrai uma mesma regra, qual seja, a de que o juiz,

¹² “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.”

¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 137.

diante de situação que o leve a proferir decisão terminativa, deve ainda assim julgar o mérito se constatar que tal decisão é favorável à parte que se aproveitaria da decisão sem julgamento do mérito, e que, como estamos a sustentar, complementam as disposições que no âmbito recursal versam sobre a primazia da solução do mérito. No tópico 4, infra, será feita análise mais detida de tais disposições.¹⁴

3. Princípio da eficiência

A CF, em seu art. 37,¹⁵ enuncia o princípio da eficiência no rol dos princípios fundamentais da administração pública. É expresso ao consignar que tais princípios fundamentais, entre os quais o da eficiência, são aplicáveis a qualquer dos Poderes dos entes federados. Volta-se, assim, também ao Poder Judiciário. Enquanto norma de direito administrativo, contudo, sua aplicação se circunscreve à atuação do Poder Judiciário como ente da administração pública. Em outros termos, é dirigido aos órgãos administrativos que integram o Poder Judiciário, ou seja, à Administração Judiciária, os quais devem pautar suas condutas pelo princípio da eficiência.¹⁶

No âmbito dos órgãos da Administração Judiciária, a observância do princípio da eficiência passa por uma boa organização da empresa judicial, o que significa, a título de exemplo, distribuir as comarcas ou seções judiciárias e as unidades jurisdicionais em cada uma delas de acordo com o número de habitantes e o volume de demandas de determinado território. Passa, outrossim, pela criação de unidades jurisdicionais especializadas, já que a especialização tende a reduzir custos, melhorar a qualidade das decisões, promover a uniformidade das decisões, e reduzir o tempo para decidir.¹⁷ Pressupõe, ademais, aperfeiçoamento do processo de seleção, e manutenção de cursos constantes de formação e atualização dos magistrados, pois, já é de tempo a preocupação existente em países de diversas realidades políticas com a necessidade de

¹⁴ Ainda sobre a possibilidade de exame do mérito a despeito da ausência de requisito de admissibilidade, consultem-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização (diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo)*. Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 190 e ss. SOUZA, Miguel Teixeira de. *Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)*. Revista de Processo, vol. 63/jul-set. São Paulo: RT, 1991.

¹⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo, vol. 233/jul, p. 65-84. São Paulo: RT, 2014.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Seminário “tendências recentes sobre economia e eficiência no processo civil”*. Revista de Processo, vol. 223/set, p. 463-466. São Paulo: RT, 2013.

melhorar a qualidade das soluções jurídicas.¹⁸ Em verdade, neste último aspecto, a idealização que atualmente se tem de um processo policêntrico, de uma concepção de processo como comunidade de trabalho, orientado pela comparticipação, impõe a todos os sujeitos da relação processual uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica), como destacam Dierle Nunes e outros.¹⁹

Já quando o CPC/15, por seu art. 8º,²⁰ prevê que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve observar a eficiência, atribui ao princípio caráter normativo com outra conotação, tendo por destinatários os órgãos do Poder Judiciário no exercício de sua atuação na condução de processo jurisdicional. É dispositivo cuja norma dele extraída pauta a atuação dos órgãos da Jurisdição na gestão do processo.²¹ Aplicável ao processo jurisdicional, é princípio que se manifesta como corolário da cláusula do devido processo legal, na medida em que um processo ineficiente não pode ser admitido como juridicamente devido.²²

Podemos dizer, então, em um primeiro momento, que é responsabilidade do juiz, enquanto diretor e gestor do processo, torná-lo eficiente. Enquanto princípio processual é norma jurídica que tem por destinatário direto o juiz, cuja atuação ao conduzir o processo deve ser pautada pela busca da maximização dos resultados possíveis com a adoção dos meios e das técnicas necessárias.

O princípio da eficiência, enquanto norma de conduta dirigida ao juiz, se desdobra em duas vertentes, uma quantitativa, outra qualitativa. Na perspectiva quantitativa, considera-se eficiente o processo que alcança seu fim com o menor dispêndio de tempo e de custo. Tanto maior a eficiência quanto menor for o tempo e o custo dispendidos. A esta perspectiva se agrega uma segunda, de ordem qualitativa, que condiciona a

¹⁸ MORELLO, Augusto M. *Tendencias dominantes en la litigación civil: los congresos internacionales de derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 77.

¹⁹ “A defesa ‘atual’ de que, para uma melhora do sistema jurídico, deve haver a procura de uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica) tão somente dos juízes, e não de todos os sujeitos processuais, parte do equívoco do protagonismo judicial que impede a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que imporia uma comparticipação/cooperação e um reforço da importância e do papel de todos que se apresentam no processo.” THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 64.

²⁰ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e eficiência.”

²¹ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Art. 8º. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 77.

²² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, vol. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 100.

concretização da eficiência à adoção de técnicas adequadas, corretas, justas e equânimes,²³ proporcionando a solução do litígio de maneira completa e abrangente.²⁴Prima-se pela eficiência quando se constrói e se pensa o processo jurisdicional segundo o modelo da cooperação, com a consagração da boa-fé objetiva como pauta orientadora das condutas dos sujeitos processuais, com o estímulo à busca pela solução consensual e com a abertura para a celebração de negócios jurídicos processuais.

O que vai concretamente determinar se o processo será considerado eficiente ou não é resultado da convergência (i) dos fins através dele alcançados, atrelados (ii) à maneira como o mesmo é conduzido. Fala-se, aí, então, em eficiência como resultado concreto da observância do princípio da eficiência. Desta noção, pode-se afirmar a eficiência como um estado de coisas, que, no caso concreto, pressupõe, de um lado, a obtenção de um fim no seu máximo através da utilização do mínimo de recursos necessários, e, de outro lado, o atingimento do fim ao máximo através de um meio.²⁵

Pode-se, também, inferir que um processo efetivo não necessariamente há de ser considerado eficiente, pois se processo efetivo é aquele que alcançou o seu escopo de reconhecer e concretizar direitos, a efetividade não é o único fator para que a eficiência esteja caracterizada, sendo necessário, ademais, que tal efetividade seja alcançada por meios adequados ou satisfatórios. Não há como o processo ser eficiente sem ter sido efetivo, mas o contrário é verdadeiro, pode-se ter processo efetivo que não seja eficiente.²⁶

4. O art. 488 do CPC/15, a primazia da solução do mérito e a eficiência

Dissemos no tópico 2, supra, que um dos dispositivos cujo texto muito desperta atenção no CPC/15, e que guarda relação direta com o princípio da primazia da solução do mérito e com o princípio da eficiência é o art. 488. Dele se extrai regra no sentido de que, ante dois cenários possíveis, um de prolação de decisão sem resolução de mérito outro de prolação de decisão com resolução de mérito, deve o juiz ignorar o vício que ensejaria a decisão terminativa para, desde que possível, e sem que isto implique

²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 8º. In: STRECK, Leni Luiz; NUNES, Dierle; _____ (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 103.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 104.

“ofensa às garantias processuais das partes e aos valores considerados relevantes pelo sistema”,²⁷ proferir decisão de mérito; significa dizer, desde que a mesma seja favorável à parte que se beneficiaria com a decisão formal. Sua redação é a seguinte: “Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.”²⁸ Disposição da qual se extrai regra semelhante à do art. 488 é a contida no art. 282, § 2º, cujo texto expressa: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Há, a partir de tal perspectiva, uma espécie de análise funcional dos requisitos processuais,²⁹ como destacado por José Miguel Garcia Medina, que ainda chama a atenção para a correspondência do art. 488 com o art. 278, 3, do atual CPC de Portugal, de acordo com o qual “As exceções dilatórias só subsistem enquanto a respetiva falta ou irregularidade não for sanada, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º; ainda que subsistam, não tem lugar a absolvição da instância quando, destinando-se a tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da exceção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte”.³⁰

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Art. 488. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

²⁸ Teresa Arruda Alvim e outros fornecem os seguintes exemplos, que nos parecem acertados: “Assim, se em vez de dizer que o autor é parte ilegítima, for possível dizer que não tem o direito que afirma ter, deve o juiz fazê-lo. Aquele que pleiteia a usucapião sem que esteja completo o prazo não deve ser tido como carente de ação, mas a decisão deve ser de improcedência do pedido.” ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. SP: RT, 2015, p. 792. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. RJ: Forense, 2015, p. 93, p. 1.046. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Art. 488. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

Em sentido contrário, afirmando que o juiz não pode ignorar a falta de legitimidade ou de interesse de agir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 488. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 591. Nesse mesmo sentido: GRECO, Leonardo. Art. 488. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 689.

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

³⁰http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1959A0278&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo, acesso em 26.03.18.

Tome-se por caso a seguinte situação hipotética: proposta demanda, o juiz verifica que a petição inicial não se encontra assinada pelo advogado que a subscreve e a quem conferida procuração, e também constata a provável ocorrência de decadência do direito que o autor almeja ver tutelado. Oportuniza então que se proceda à assinatura da inicial, bem como incita o autor a se manifestar sobre a possível ocorrência de decadência (arts. 9º e 10 do CPC/15).³¹ A inicial não é assinada. Também não há manifestação buscando refutar a possível ocorrência da decadência (ou, se o faz, não logra êxito em convencer o magistrado). A ausência da assinatura do advogado na petição inicial autoriza o juiz a indeferi-la (art. 321 do CPC/15), em decisão sem resolução de mérito (art. 485, I, do CPC/15), o que, por óbvio, mostra-se em proveito do réu.³² De outro turno, possui fundamento para proferir decisão de mérito reconhecendo a decadência do direito (art. 487, II, do CPC/15), decisão esta também favorável à posição jurídica do réu. Deve, então, optar por resolver o mérito, nos moldes do art. 488 do CPC/15.

Trata-se, como se vê, de regra que vai ao encontro, a um só tempo, do princípio da primazia da solução do mérito, e, também, do princípio da eficiência. Prioriza-se o julgamento do mérito, e, com isso, maximizam-se os resultados alcançados com a adoção de técnica legal, adequada, correta, justa e equânime.

No âmbito recursal, vemos no art. 488 um dispositivo que complementa a cláusula de sanabilidade prevista no art. 932, parágrafo único, de maneira que a regra dele extraída não pode ser olvidada pelos tribunais quando do exame dos recursos. A aplicação da regra contida no par. único do art. 932 nem sempre vai se revelar, portanto, a única etapa a ser observada pelo tribunal antes de inadmitir o recurso, nem também vai consistir no salvo conduto para o tribunal deixar de julgar o mérito caso ao recorrente não ocorra a correção do vício.

Trocando em miúdos, ao verificar que o recurso não atende a requisito de admissibilidade, cumpre ao tribunal oportunizar a correção do vício, nos moldes do que

³¹ A ressalva contida no texto do par. ún. do art. 487 do CPC/15 não afasta a obrigatoriedade de o julgador oportunizar ao autor o exercício do contraditório antes de julgar liminarmente improcedente o pedido por verificar a decadência ou a prescrição (art. 332, §1º, do CPC/15). A redação do par. ún. do art. 487 do CPC/15 é a seguinte: "Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se". Há dois comandos normativos que são extraídos do dispositivo: um geral, de acordo com o qual o juiz deve oportunizar a manifestação de ambas as partes antes de reconhecer a prescrição e a decadência; outro específico, de acordo com o qual, o reconhecimento da prescrição e da decadência para julgar liminarmente improcedente o pedido pode ocorrer sem a necessidade de ouvir ambas as partes, quer dizer, dispensa-se a manifestação do réu (que ainda nem integra a relação processual), mas não a manifestação do autor, que é indispensável, em vista do disposto nos arts. 9º e 10 do CPC/15.

³² O mesmo raciocínio se aplicaria, por exemplo, à hipótese em que o autor não providenciasse o recolhimento das custas iniciais, a despeito de instado a tanto pelo magistrado.

preceitua o par. único do art. 932. Corrigido o vício, a questão é sepultada, e o mérito do recurso é naturalmente enfrentado. De outro turno, conquanto oportunizada sua correção, a permanência do vício não autoriza o tribunal a desde logo concluir pela inadmissão do recurso, pois, neste momento, em vista da regra extraída do art. 488, incumbe-lhe analisar se não existe a possibilidade de julgar o mérito do recurso em favor da parte que se beneficiaria com sua inadmissibilidade. *Não existindo esta possibilidade, não resta outra saída que não seja a inadmissão do recurso.* Uma vez verificada, contudo, a possibilidade em tese de julgar o mérito do recurso em favor da parte que se beneficiaria com a decisão de inadmissibilidade, cabe ao tribunal, desconsiderando a presença do defeito, proferir decisão de mérito. Seguem algumas situações hipotéticas em que a tese aqui afirmada teria aplicabilidade.

Primeira situação hipotética. Pensemos em recurso a que falte requisito de admissibilidade (suponhamos que não tenha havido a realização de preparo), interposto *tempestivamente* pelo autor contra decisão terminativa que se olvidou da ocorrência de prescrição ou de decadência. Oportunizado o recolhimento em dobro (art. 1.007, § 4º, do CPC/15), o apelante não o faz. Existe cenário para que a apelação seja inadmitida. Mas ao mesmo tempo, em análise ao que consta nos autos, o relator detecta a possível ocorrência da prescrição ou da decadência. Pensamos que em tal hipótese, depois de oportunizar que ambas as partes se manifestem a respeito da matéria cognoscível de ofício (art. 10 do CPC/15), o tribunal pode, ignorando o vício (deserção) que ensejaria a inadmissibilidade do recurso, e em vista da devolutividade operada pelo recurso (art. 1.013, § 3º, I, do CPC/15), julgar-lhe o mérito para decretar a prescrição ou a decadência.

Segunda situação hipotética. Em primeiro grau, é proferida sentença de procedência do pedido, tendo sido inobservado, contudo, o dever de fundamentação (art. 93, IX, da CF/88, e art. 489, II, do CPC/15). O réu interpõe apelação *tempestivamente*, arguindo exclusivamente supostos vícios de julgamento (*errores in iudicando*). O recurso é carecente de regularidade formal (não atende ao princípio da dialeticidade), o que ensejaria sua inadmissibilidade. Cremos ser possível ao tribunal, ignorando o vício atinente à admissibilidade do recurso, depois de oportunizada a manifestação das partes relativamente à ausência de fundamentação (art. 10 do CPC/15), decretar a nulidade da sentença, julgando o mérito do processo de maneira fundamentada. Registre-se que para assim proceder, é preciso que o tribunal, julgando o mérito do processo, faça-o em benefício do recorrido, que é quem se favoreceria com a decisão de inadmissibilidade do recurso.

Terceira situação hipotética. O autor cumula pedidos em sua demanda. Em primeiro grau, incorre-se em omissão quanto ao julgamento de um dos pedidos. *Tempestivamente*, o autor interpõe apelação alegando a existência de vício de

congruência (decisão *citra petita*). Ao recurso, contudo, falta requisito de admissibilidade, que implicaria seu não conhecimento. O tribunal, de outro turno, verifica que o pedido que o órgão *a quo* não apreciou deve ser rejeitado. Neste contexto, ignorando a falta do requisito de admissibilidade do recurso, deve julgar-lhe o mérito para, constatando a omissão no exame do pedido pelo órgão *a quo*, passar ao julgamento do mesmo (art. 1.013, § 4º, III, do CPC/15).

Quarta situação hipotética. Julgado parcialmente procedente o pedido formulado na demanda, o autor interpõe apelação, e, em seguida, o réu interpõe apelação adesiva. A petição do recurso interposto pelo autor não se encontra assinada. Com a interposição da apelação adesiva, o autor é intimado para apresentar contrarrazões à mesma, bem como para regularizar a petição do recurso principal, com a aposição da assinatura do advogado. O defeito não é corrigido. A inadmissibilidade do apelo principal tornaria prejudicada a apelação adesiva. O tribunal verifica, no entanto, que em julgando o mérito de ambos os recursos, deve prover a apelação adesiva para reformar a sentença, rejeitando integralmente o pedido deduzido pelo autor na demanda. Neste caso, deve ignorar a falta do requisito de admissibilidade do recurso principal (ausência de regularidade formal), para julgar o mérito de ambos os recursos, o que beneficiará a parte que se favoreceria com o não conhecimento dos recursos.

4.1. A importância do papel do relator para a aplicação do art. 488 do CPC em âmbito recursal

Não temos aqui a pretensão de esmiuçar o papel do relator no processamento dos recursos, e, de resto, o poder a ele conferido de decidi-los monocraticamente.³³Cumpre-nos apenas uma constatação: o CPC/15, mais do que estancar o processo de ampliação dos poderes do relator para além daqueles que já lhe haviam sido conferidos pelas reformas ocorridas no art. 557 do CPC/73, procurou expungir do seu texto expressões que abriam margem para uso deturpado do poder de decidir unipessoalmente em âmbito recursal, inserindo outras em seu lugar com maior

³³ Em outros textos, tomando por base ora as disposições do CPC/73, ora as disposições do projeto do que viria a ser o CPC/15, tivemos a oportunidade de discorrer sobre o assunto: GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado*. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 1. 208p. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Do agravo regimental*. Revista de Processo, v. 215, p. 249-278, 2013. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *O julgamento colegiado dos embargos de declaração interpostos contra decisão unipessoal do relator e o julgamento unipessoal dos embargos de declaração interpostos contra acórdão: o cabimento do agravo inominado*. Revista de Processo, v. 216, p. 93-107, 2013. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Poderes do relator e agravo interno no projeto 8046/2010*. In: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do NCPC*. 1ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 747-768.

grau de objetividade, ao mesmo tempo em que procurou sistematizar melhor tais hipóteses.³⁴

Entre as situações autorizativas do juízo monocrático está a de não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida (art. 932, III, do CPC/15). Observa-se que agora o texto do dispositivo não mais adjetiva esta admissibilidade de “manifesta”, tal como fazia seu correspondente no CPC/73.³⁵ Significa dizer que, configurada a situação de inadmissibilidade, compete ao relator não conhecer do recurso monocraticamente.

Pode-se com isso concluir que em qualquer hipótese que enseja a inadmissibilidade do recurso, a competência principal para o exercício de tal juízo é do relator, sem prejuízo de o colegiado também realiza-lo, muito especialmente quando não detectado o vício por aquele. Em outros termos, e pensando bem na coisa, não há necessidade de que o relator, em linha de princípio, diante da verificação de uma situação de inadmissibilidade, submeta tal matéria ao crivo do colegiado. Compete-lhe sim realizar julgamento unipessoal.

Veja-se, porém, que tal juízo deverá ser precedido, naturalmente, de oportunidade para o exercício do contraditório (art. 9º e 10 do CPC/15), bem como de oportunidade para a correção do vício (art. 932, parágrafo único, do CPC/15), quando esta correção se mostrar factível.³⁶

³⁴ O detalhe não escapou da acuidade de Marcelo Abella Rodrigues: “Basta uma leitura comparativa entre o artigo 557 do CPC/73 e o artigo 932 do atual Código. Além de melhor organizado, há redução dessa liberdade, até porque o que seria ‘jurisprudência dominante’ deu lugar às situações objetivas firmadas pelos precedentes vinculantes dos julgamentos de casos repetitivos (art. 928) e súmulas dos tribunais superiores ou do próprio tribunal ao qual ela faça parte. Retirou-se, portanto, a possibilidade de o relator interpretar o que seja *jurisprudência dominante* para fins de julgamento monocrático.” ABELHA, Marcelo. *Há limites para o julgamento monocrático do relator?* In: Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, Cássio Scarpinella Bueno, Bruno Dantas, Rita Dias Nolasco. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismo de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 147.

³⁵ A “manifesta” inadmissibilidade ou improcedência, reconhecida em votação unânime, continua, contudo, sendo o critério para que, em julgamento de agravo interno, seja o agravante condenado ao pagamento de multa, como se extrai do § 4º do art. 1.021.

³⁶ Não nos cabe aqui o enfrentamento deste tema tão tormentoso, qual seja, o de identificar os requisitos de admissibilidade que seriam passíveis de correção a partir da cláusula de sanabilidade contida no parágrafo único do art. 932 do CPC/15. Corajosamente, Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira, em texto cuja leitura é recomendada, procuram mapear tais requisitos. JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos: notas sobre o art. 932, parágrafo único, do CPC/15*. In: Fredie Didier Jr. (coord.), Lucas Buril de Macêdo, Alexandre Freire (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, vol. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 631 e ss.

O STJ, de outro turno, em recentes decisões, adotou entendimento muito mais conservador. Assim, no julgamento do agravo interno no agravo em recurso especial nº 1.182.093/SC, publicado no DJe de 20.03.18, apresentou conclusão no sentido de que o parágrafo único do art. 932 do CPC/15 teria

Diante do que aqui vimos de sustentar é preciso ir além. Antes de exercer o juízo monocrático de inadmissibilidade do recurso, o relator não pode também deixar de avaliar se, uma vez enfrentado o mérito do recurso, o resultado não viria a favorecer a parte que se beneficiaria com a decisão de inadmissibilidade. Se dessa análise realizada no plano das ideias sua conclusão é no sentido de que, fosse o mérito julgado, a decisão viria a prejudicar a parte a quem socorre a decisão de inadmissibilidade, cabe-lhe tão apenas não conhecer do recurso monocraticamente, nos termos do art. 932, III, do CPC/15. Se, de outro turno, sua conclusão é no sentido de que o julgamento do mérito seria favorável à parte que se beneficiaria com a decisão de inadmissibilidade, deve o relator elaborar voto destacando a existência do fundamento para não conhecer do recurso, e ainda assim passar ao julgamento do mérito mostrando que, ao assim proceder, está favorecendo a parte que se beneficiaria com o juízo de inadmissibilidade.

Restará ao colegiado, comungando do entendimento do relator de que no mérito o resultado socorre àquele que se beneficiaria com a decisão de inadmissibilidade, acompanhá-lo em sua conclusão, ou, divergindo do resultado apresentado pelo relator no exame que fez do mérito, não apresentar conclusão relativamente ao mérito, encerrando o julgamento com a inadmissibilidade do recurso. Por derradeiro, não se pode descurar da possibilidade de o colegiado conhecer do recurso, divergindo assim do relator em relação ao juízo de inadmissibilidade, e, por conseguinte, julgar o mérito independentemente de a quem este julgamento de mérito venha a favorecer.

O papel do relator para que a regra do art. 488 do CPC/15 tenha aplicabilidade no âmbito recursal é, como se vê, de fundamental importância. Se não houver este desprendimento do relator para, mesmo diante de causa para a inadmissibilidade, submeter o mérito do recurso a julgamento no colegiado, dificilmente ter-se-á espaço para a regra atingir concretude nos tribunais.

Como, então, proceder no caso de o relator, tendo a possibilidade de julgar o mérito em favor da parte que se beneficiaria com a decisão de inadmissibilidade, proferir decisão monocrática de não conhecimento do recurso? É o que buscaremos abordar no tópico seguinte.

aplicabilidade apenas “para os casos de regularização de vício estritamente formal, não se prestando para complementar a fundamentação de recurso já interposto”. No caso em questão, fora interposto agravo interno contra decisão do presidente que inadmitira agravo em recurso especial ao fundamento de que no recurso não teria havido impugnação específica dos fundamentos apresentados pelo tribunal de origem para inadmitir o recurso especial, incorrendo em violação ao princípio da dialeticidade.

4.2. A possibilidade de interposição de recurso pela parte favorecida com a decisão unipessoal de inadmissibilidade do recurso

Ao recorrente não é suficiente demonstrar sua condição de legitimado para ter assegurado o julgamento do mérito do recurso. É preciso, ainda, para fins de admissão do recurso, que se faça presente o seu interesse recursal. E por isso nem todo legitimado tem interesse em recorrer. Para ter configurado o interesse recursal é preciso que se conjuguem dois fatores: a *utilidade* daquilo que se pede no recurso, e a *necessidade* de se valer da via recursal para a obtenção do que se pede.

Enquanto elemento que integra o interesse recursal, a necessidade está associada à ideia de se ter no recurso a via inevitável e indispensável para o recorrente alcançar posição jurídica mais vantajosa para si. Se, a título exemplificativo, o réu é condenado a pagar integralmente ao autor a quantia pleiteada na inicial, sem que, contudo, a sentença faça incidir sobre o principal os juros legais, ou sem estabelecer a verba honorária de sucumbência, e mesmo assim o réu, depois de condenado, oferece em pagamento ao autor a quantia imposta pela sentença, acrescida dos juros legais e dos honorários de sucumbência, a eventual posição de vantagem que o autor poderia obter com o recurso já lhe terá sido oportunizada sem a necessidade de impugnar a decisão.

O interesse utilidade se manifesta quando existe perspectiva de se alcançar posição jurídica mais vantajosa com o julgamento do recurso. Revela-se, então, para o autor que tem seu pedido julgado improcedente; ou para o réu que tem pedido contra si deduzido julgado procedente. Também pode ocorrer em relação a capítulo ou mesmo em relação a tópico secundário da decisão, por menor relevo que aparente possuir, considerado o objeto do processo como um todo, e ainda que concernente a pedido implícito. Pense-se, como exemplo, na sentença que, tendo condenado o réu, não fixou a incidência de juros legais.

A verificação do interesse utilidade no recurso se dá, portanto, mediante um exame muito mais prospectivo do que retrospectivo. Há interesse recursal quando abstratamente e em tese seja possível ao recorrente a obtenção de posição de vantagem que não lhe é assegurada com a decisão recorrida.³⁷

É de se reconhecer, pois, interesse recursal àquele sujeito que, conquanto beneficiado com a decisão de inadmissibilidade, poderia em tese ter tido o mérito do recurso julgado de modo a favorecê-lo. Por isto que diante de uma decisão unipessoal do relator inadmitindo o recurso, mesmo a parte beneficiada com esta decisão tem interesse para

³⁷ Consulte-se com muito proveito a substanciosa síntese de Flávio Cheim Jorge sobre o estado da doutrina a respeito do tema. Em dado trecho o autor afirma: "O confronto da situação e a análise sob a ótica *prospectiva* levam a concluir que existirá interesse em recorrer quando o recorrente puder obter algum *proveito do ponto de vista prático*." JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 140.

a interposição de agravo interno, no caso visando a obtenção de decisão do colegiado com exame do mérito recursal em seu favor; sem prejuízo de interposição de embargos de declaração ao próprio relator visando o afastamento da omissão.

4.3. O mérito do recurso interposto contra a decisão que decide o mérito favoravelmente à parte que se beneficiaria com o juízo de inadmissibilidade

Devemos ir além, com outro questionamento. Qual é o mérito do recurso a ser interposto contra o pronunciamento do tribunal que, aplicando o art. 488 do CPC/15, e, portanto, estando diante de recurso inadmissível, enfrenta-lhe o mérito para beneficiar a parte que se aproveitaria da inadmissibilidade?

O pronunciamento a ser impugnado, neste caso, está estruturado da seguinte forma: (a) o tribunal conclui que existe fundamento para não conhecer do recurso; (b) mesmo diante de causa para a inadmissibilidade, o tribunal enfrenta o mérito do recurso, beneficiando a parte que se favoreceria com a conclusão pelo não conhecimento do recurso.

Interpor recurso contra tal decisão para atacar (b) significa ter que também atacar (a), pois não pode o tribunal que vier a julgá-lo rever (b) sem que antes também seja desconstruída a premissa firmada em (a).

O tribunal competente para o julgamento de tal recurso pode entender que não deva ser alterado (a), restando, por conseguinte, prejudicada a impugnação feita em relação a (b). Pode, de outro turno, acolhendo a impugnação em relação a (a), passar ao reexame de (b), seja para acolher tal impugnação, seja para rejeitá-la.

4.4. Juízo de admissibilidade e efeito devolutivo do recurso

A conclusão de que é possível o julgamento do mérito do recurso (quando este julgamento venha a favorecer a parte que se beneficiaria com sua inadmissibilidade) a despeito da existência de fundamento para dele não se conhecer, impõe reflexão, ainda que objetiva, sobre a devolutividade operada pelo recurso a que falte algum requisito de admissibilidade, bem como sobre a proibição da *reformatio in pejus*.

O capítulo da decisão em que verificada a presença dos requisitos de admissibilidade, para dele se conhecer, ou em que constatada a ausência de algum requisito de admissibilidade, para dele não se conhecer, tem natureza declaratória. A decisão apenas reconhece a existência ou inexistência dos requisitos, que desde antes se viam ou não presentes. Do mesmo modo que sempre se condicionou o ser ou o não-ser do julgamento do mérito do processo ao exame da admissibilidade da ação e do processo (condições da ação e pressupostos processuais), o julgamento do mérito do recurso

também sempre teve o seu ser ou não-ser condicionado ao juízo de admissibilidade recursal.³⁸

Recurso desvestido de requisito de admissibilidade seria, por conseguinte, neste contexto, incapaz de devolver ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Se não existe devolução, porque a provocação foi considerada inadmitida, não poderia então o tribunal piorar a situação do recorrente de ofício.³⁹

O fundamento para a negativa da devolutividade, e, por consequência, da possibilidade de piora da situação do recorrente cede, porém, diante da existência previsão legal, como destacado pela própria lição doutrinária.⁴⁰

E a regra extraída do texto do art. 488 do CPC seria então a previsão legal autorizativa para o julgamento do mérito do recurso, em desfavor do recorrente, ainda que ausente requisito de admissibilidade que em linha de princípio levaria ao seu não conhecimento.

Em síntese conclusiva, se é assente que o art. 488 do CPC rompe com o dogma de que a ausência de requisito de admissibilidade (condições da ação ou pressupostos processuais) impede a realização do juízo do mérito do processo, do mesmo modo não há razão para que o mesmo dogma seja rompido no tocante ao juízo do mérito do recurso ante a ausência de requisito de admissibilidade seu.

5. Referências

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Há limites para o julgamento monocrático do relator?* In: Cláudia Elisabete Schwerz Cahali, Cássio Scarpinella Bueno, Bruno Dantas, Rita Dias Nolasco. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismo de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 265.

³⁹ "Se a devolução não se operaria em virtude de recurso (inadmissível) no qual a parte pleiteasse a piora da sua própria situação, a reapreciação da matéria pelo tribunal só se tornaria legítima caso pudesse ele investir-se *ex officio* do poder de rejulgar. Inexiste em nosso ordenamento, contudo, norma que a tanto o autorize, fora dos casos expressos no art. 475 e em leis extravagantes (com relação aos quais vide o que ficou dito no comentário nº 239, supra). O princípio geral é o de que os órgãos judiciais apenas quando provocados prestam jurisdição (cf. o art. 2º). Justifica-se, pois, o argumento a fortiori: se nem mesmo por provocação do apelante poderia o tribunal reformar-lhe *in peius* a sentença, menos ainda se concebe que pudesse fazê-lo sem tal provocação." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 437.

⁴⁰ Vide nota de rodapé anterior.

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil, vol. V :arts. 476 a 565*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Art. 488. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização (diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo)*. Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Seminário "tendências recentes sobre economia e eficiência no processo civil"*. Revista de Processo, vol. 223/set, p. 463-466. São Paulo: RT, 2013.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Art. 8º. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 488. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Revista de processo, vol. 233/jul, p. 65-84. São Paulo: RT, 2014.

_____. Art. 4º. In: STRECK, Leni Luiz; NUNES, Dierle; _____ (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Art. 8º. In: STRECK, Leni Luiz; NUNES, Dierle; _____ (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, vol. 1*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo nominado*. 1. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 1. 208p.

_____. *Do agravo regimental*. Revista de Processo, v. 215, p. 249-278, 2013.

_____. *O julgamento colegiado dos embargos de declaração interpostos contra decisão unipessoal do relator e o julgamento unipessoal dos embargos de declaração interpostos contra acórdão: o cabimento do agravo inominado*. Revista de Processo, v. 216, p. 93-107, 2013.

_____. *Poderes do relator e agravo interno no projeto 8046/2010*. In: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo CPC*. 1ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 747-768.

GRECO, Leonardo. Art. 488. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos: notas sobre o art. 932, parágrafo único, do CPC/15*. In: Fredie Didier Jr. (coord.), Lucas Buril de Macêdo, Alexandre Freire (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, vol. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Visão geral dos procedimentos especiais no novo código de processo civil*. Cassio Scarpinella Bueno (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil, Ciclo 1, Volume 2*.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2. ed. ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

_____. *Tendencias dominantes en la litigación civil: los congresos internacionales de derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação*. Revista de Direito Privado, São Paulo, vol. 64, p. 261-274, out-dez. 2015. Versão digital.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PARAGUASSU DA SILVA, Paula. *A primazia do julgamento do mérito como norma fundamental do processo civil*. Texto inédito.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa)*. Revista de Processo, vol. 63/jul-set. São Paulo: RT, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1959A0278&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

A Parte Geral do Código Civil: importância, função e estrutura normativa

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutorado concluído em Educação/Currículo Jurídico pelo Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutorado em andamento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Coordenador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. Orcid iD: <http://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.

Durante os anos de 2002 e 2007, fui aluno do Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Nessa minha formação, coube ao Prof. Francisco Vieira Lima Neto ministrar para mim as disciplinas Teoria do Direito Civil (Parte Geral), Direito das Obrigações (Contratos) e Responsabilidade Civil.

Graças ao Prof. Francisco, criei afeição a esses ramos do Direito Civil e, anos mais tarde, tornei-me seu sucessor nessas cadeiras, quando me tornei professor do Departamento de Direito da UFES.

Também graças ao Prof. Francisco, pude perceber a importância da Parte Geral de um Código Civil e da Teoria Geral do Direito Civil.

Este capítulo é produto dessa lição que recebi desse meu mestre.

Ao tratar da Parte Geral do Direito Civil — e, conseqüentemente, do Código Civil — surge como questionamento sua utilidade para a dogmática do Direito Privado hoje? Afinal, é útil a Parte Geral hoje?

A Parte Geral é produto do jusracionalismo dos séculos XVIII e XIX. Trata-se de um modelo generalizante desenvolvido pela Pandectística, que pretendia sistematizar, ordenar, o *Digesto* ou *Pandectas* do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que era dividido em 50 livros. O modelo pandectístico de ordenação e categorização teve início com Hugo e passou por Heise, Savigny e Windscheid.¹

A Parte Geral se fundamenta em um “corpo de princípios legais e institutos inter-relacionados”. Aliás, é um dos elementos que distinguem a tradição de *civil law* da

¹ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 200, p. 18-19.

common law, já que nesta os institutos não constituíam uma unidade, mas um todo disparatado, segundo Merryman e Pérez-Perdomo.²

São conhecidos dois modelos de sistematização do Direito Civil, que interferem na estruturação do Código Civil:

- *Modelo germânico* ou *plano de Savigny*: divide as matérias em Parte Geral, que disciplina o sujeito (pessoa), os bens e os fatos; e Parte Especial, dividido em obrigações (contratos, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e empresa), coisas (posse e direitos reais), família e sucessões. O exemplo da divisão foi o Código Civil brasileiro de 2002; e
- *Modelo romano-francês* ou *plano de Gaius*: divide a ordenação civil em três matérias: pessoas (sujeitos e família), coisas e ações ou modos de aquisição (contratos, obrigações e sucessões).

Tradicionalmente, a Parte Geral invoca para si uma autonomia de três ordens:

- *Científica*: tem objeto de estudo próprio, elementos gerais inter-relacionados sistematicamente a outros da Parte Especial;
- *Didática*: é um modelo de categorização de matérias e disciplinas do Direito Civil que favorecem a compreensão desse ramo do Direito Privado. Refere-se, então, ao estudo do Direito Civil nas universidades, facilitando compreender conceitos elementares, institutos e princípios fundamentais; e
- *Legislativa*: os Códigos Civis que seguem a tradição germânica do *Bürgerliches Gesetzbuch* (ou BGB) apresentam uma Parte Geral com disciplina jurídica própria, que no caso do Brasil se encontra entre os artigos 1º e 232 do CC/2002.

A crítica atual feita a esse modelo, segundo destaca Mota Pinto³, é que as regras e princípios sofreriam desvios em pontos lá na Parte Especial.

Mas, em defesa do modelo, pode-se dizer que tais desvios são quantitativos, e ainda assim em pequeno número se comparado com a quantidade de normas do Código Civil. Mas, qualitativamente pode-se dizer que entre a Parte Geral e a Parte Especial há um

² John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Carlos Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 105. E prosseguem, na pa. 106, dizendo que a Parte Geral tem um papel meramente científico, que aqui se pode interpretar como *didático*: “Embora muitos destes conceitos e princípios nunca tenham existido como tais no direito civil positivo, eles vieram a ser introduzidos na ordem legal pelos juristas, sob a influência da ciência jurídica, como verdades jurídicas gerais decorrentes do direito positivo, pela aplicação do método científico. [...] Como norma, o direito positivo é um bocado menos científico, neste sentido, do que o direito ensinado e escrito pelos doutrinadores”.

³ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 20.

fundo comum “apreciável”.⁴ Além disso, é indubitável que a Parte Geral oferece subsídios para as lacunas da Parte Especial.

Demonstrando a importância da Parte Geral, escreve Mota Pinto⁵:

Efectivamente, a Parte Geral tem a pretensão de concentrar os princípios e as regras comuns a todo o direito civil (o tal ‘*fundo comum*’ de que falava a Comissão de revisão do Código), nela se incluindo os elementos ou denominadores comuns das partes especiais. É fruto de um trabalho científico de elevado nível e profundidade e exige um rigor técnico assinalável. Facilita o conhecimento e a compreensão da lei e, por conseguinte, a sua aplicação prática; de um ponto de vista científico, corresponde mesmo a uma das tarefas indeclináveis da doutrina. [...] a crédito da Parte Geral se pode assinar-lhe um importante efeito de *racionalização*, evitando, designadamente, que o legislador tenha de operar com constantes remissões [...].

A Parte Geral normatiza e sistematiza os elementos essenciais da Teoria Geral da Relação Jurídica de Direito Privado⁶, quais sejam: o *sujeito*, o *objeto* e o *vínculo fático*, disciplinando os aspectos fundamentais das *situações jurídicas* (direito subjetivo, faculdade, potestades, poderes-deveres).

Em defesa da Parte Geral, pode-se dizer que ela tem um papel mais estrutural do ordenamento/sistema do Direito Civil, sendo a legítima “Lei de Introdução ao Código Civil”, pois se pauta mais em regras gerais e definições teóricas que necessariamente em princípios abstratos. Por isso, verifica-se uma maior quantidade de *R* (regras), *RP* (regras que são como princípios) ou *PR* (princípios que são como regras), e praticamente todos os *P* que informam as regras da Parte Geral irão também informar e embasar as formulações normativas (FN) dos livros específicos (Parte Especial).⁷

A Parte Geral trata daquilo que é comum a todas as situações jurídicas (obrigações, família, posse, propriedade). Porém, deixa para cada livro da Parte Especial a positivação de valores característicos da relação jurídica específica. Motivo: cada relação em especial tem seus valores em especial. Causaria confusão, por exemplo, a

⁴ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 19.

⁵ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 20.

⁶ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 24.

⁷ Sobre a definição e o papel de *P* (princípios), *R* (regras), *RP* (regras que são como princípios) ou *PR* (princípios que são como regras), veja: Gilberto Fachetti Silvestre, *Parte Geral do Código Civil brasileiro: princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e questões polêmicas*. In: Alexandre Jamal Batista. (Org.). *Princípios, Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados nos Institutos de Direito Privado - homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali*. São Paulo: IASP, 2017, p. 95-188.

Parte Geral determinar como incidiria a função social em cada típico específico de situação jurídica.

Dessa maneira, ela tem por fim estabelecer o alicerce estrutural, a base sobre a qual é erigido e constituído o ordenamento civilista. Contudo, esses elementos formais foram postos ali na Parte Geral e adquiriram conteúdo histórico-cultural a partir de valores, ou seja, princípios (*P*), dos quais foram criados, desenvolvidos, aperfeiçoados, recepcionados, os referidos elementos estruturais. Fala-se, com isso, em princípios que *informam* as normas da Parte Geral, que constituirão sua base axiológica ou material.

O que significa dizer que os princípios *informam* as normas da Parte Geral? *Informar* tem três significados:

- *Criar*: quer dizer que os princípios orientaram o processo legislativo que criou as normas do Código Civil, nesse caso, mais especificamente a Parte Geral;
- *Interpretar*: indicam o caminho mais razoável (ou “justo”) para o processo decisório (judicial); e
- *Orientar*: refere-se ao papel cognitivo que os princípios oferecem para compreender as normas e elaborar a dogmática civil.

O conceito de relação jurídica é extremamente caro à Parte Geral do Direito Civil, por dois motivos: 1) todos os institutos do Direito Civil (personalidade, família, posse, direitos reais, obrigações, sucessão) se desenvolvem por meio de relações jurídicas; e 2) a Parte Geral sistematiza os elementos comuns a todas essas relações, afinal, todas têm pessoas, bens e um vínculo. Assim, Mota Pinto⁸ descreve a importância de tal conceito:

“A consideração do conceito de relação jurídica como objecto de uma teoria jurídica — no plano doutrinal portanto — tem perfeita justificação e a sua utilização na sistemática de um código é aceitável. O conceito está, com efeito, dotado de *transparência* e adequação na expressão da realidade social disciplinada pelo Direito. O Direito não regula o homem isolado ou considerado em função das suas finalidades individuais, mas o homem no seu comportamento convivente. Não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson. O Direito, mesmo quando atribui posições ditas ‘absolutas’, sobre bens exteriores ao titular ou sobre aspectos ou modos de ser da sua pessoa, *pressupõe sempre a vida dos homens uns com os outros* e visa disciplinas os interesses contrapostos nesse entrecruzar de atividades e interesses — disciplina que é conseguida dando *supremacia a um interesse e subordinando outro*. Por força dessa disciplina criam-se, portanto, enlaces, nexos, liames entre os homens, traduzida em *poderes e vinculações*, constitui a relação

⁸ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 29-31.

jurídica. Neste quadro, a situação da pessoa revela juridicamente apenas enquanto ela está em relação com os outros: como *relação jurídica*. Esta resulta, portanto, numa análise lógica ou numa imediata captação fenomenológica, da circunstância de o *direito supor a sociedade e não esta ser uma mera contiguidade estática, mas uma convivência*".

A conclusão desse trecho é simples: as pessoas, no mundo contemporâneo, *não vivem, mas convivem*. *Conviver é vida em comum, viver junto*. E o "comum" ou "junto" depende do *outro*. Logo, o Direito — que regulamenta a vida — disciplina as *relações entre o indivíduo e os outros*, que ao serem normatizadas se tornam *relações jurídicas*.

Agora, é claro que a definição de relação jurídica — que a Parte Geral enquanto ordenamento não faz e nunca fez, cabendo à doutrina essa função — precisa ser revisitado, como ocorre em praticamente tudo na vida e na própria ciência do Direito. Por exemplo, o conceito deve ser revisado para melhor reconhecer os entes coletivos (pessoas jurídicas) como sujeitos de direito, para reconhecer a necessidade de cooperação entre os sujeitos por causa do paradigma da solidariedade e eticidade, a tutela da personalidade, a conservação dos atos irregulares para que cumpram sua finalidade socioeconômica. Por isso, não faz sentido uma crítica feita à Teoria Geral da Relação Jurídica como um "veredicto anti-humanista", como o faz Orlando de Carvalho.⁹

A Parte Geral oferece apontamentos gerais, principalmente para casos de lacunas na Parte Especial. Porém, o mais importante são os *P* (princípios) que informam as normas da referida Parte Geral. Veja, a partir do momento que uma norma está ali na Parte Geral introduzida por determinado *P*, então isso significa que o Código Civil se orienta por aquela base axiológica, que se expande ou estende para todas as outras relações jurídicas especiais da Parte Especial — evidentemente no que couber. Para demonstrar esse papel da Parte Geral, pode-se citar os seguintes exemplos:

- Os fundamentos da teoria do adimplemento substancial, utilizada para interpretar o art. 475 (cláusula resolutiva), é o abuso de direito (art. 187, norma expressa) e o *favor negotii*. Esse princípio, diferentemente do abuso, não se encontra explícito em *R* (regras), *RP* (regras que são como princípios) ou *PR* (princípios que são como regras), mas já que informa os artigos 170, 172, 184 e o § 2º do art. 157, entende-se que de maneira implícita se encontra na base de todas as relações obrigacionais. Por isso se aplica aos contratos e obrigações, tanto no art. 475 quanto nos arts. 317 e 479 também;

⁹ Segundo referência feita por Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 30.

- A multifacetada dignidade da pessoa humana é hoje o critério mais importante de interpretação das normas e situações familiares. Esse princípio é aplicado a tais situações porque se encontra na base das relações pessoais, conclusão que se obtém da proteção dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21);
- O *favor deboli*, que orienta a interpretação dos artigos 423, 424, 475, 477, art. 1.242, § 1º do art. 1.561, dentre outros, é decorrência da proteção às partes desfavorecidas nas hipóteses de vícios do consentimento;
- O princípio do *neminem lædere*, que orienta o art. 186, também terá incidência na aplicação das normas da responsabilidade civil.

Dessa maneira, verifica-se que a Parte Geral permanece tendo sua tradicional importância e um novo papel, revisitado. Pode-se dizer, então, que ela desempenha dois papéis basilares:

- *Formal*: a Parte Geral estrutura a relação jurídica com a disciplina geral e fundamental de seus elementos, presentes em todas as relações específicas dos institutos civis; e
- *Material*: significa que ela tem um conteúdo axiológico para fundamentar a Parte Especial. Assim, ela supõe categorias de valores para as instituições civis.

Questiona-se: que importância há em discutir esse assunto no contexto dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados? A resposta é óbvia: 1) os *P* da Parte Geral orientam a interpretação das *FN* e a escolha da melhor *N* na Parte Especial que poderá ser aplicada (processo decisório); e 2) os *P* da Parte Geral colaboram no processo de cognição e valoração das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a delimitar sua extensão, âmbito de aplicação e determinação pela função.

Referências:

MERYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDONO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Carlos Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Parte Geral do Código Civil brasileiro: princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e questões polêmicas. In: Alexandre Jamal Batista. (Org.). *Princípios, Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados nos Institutos de Direito Privado - homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali*. São Paulo: IASP, 2017, p. 95-188.

Acesso à justiça em procedimentos administrativos de ilícitos de trânsito

Geovany Cardoso Jevaux

Mestre (PUC/RJ), Doutor (UGF/RJ), Professor Associado da UFES (Graduação e Mestrado) e Juiz do Trabalho (TRT-ES).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Acesso à Justiça na Literatura Processual; 3. Devido Processo Legal Administrativo; 4. Procedimento Administrativo de Ilícito de Trânsito; 5. Hipóteses de Agressão ao Acesso à Justiça; 6. Conclusão.

1 Introdução

A literatura processual usualmente aborda o tema do acesso à justiça com ênfase nos aspectos formais e substanciais do acesso aos serviços judiciais ou aos chamados equivalentes jurisdicionais (arbitramento, autocomposição), naquilo que se chama de acesso formal e substancial da justiça, ou seja, investiga-se quais são as melhores condições de se obter uma decisão judicial ainda desprovida de conteúdo, do modo mais rápido (celeridade) e com o maior índice de aceitação do resultado (efetividade).

Dentro dessa abordagem, tem-se percebido a importância que os meios extrajudiciais de solução de conflitos têm como método de prevenção de demandas judiciais, entre os quais os procedimentos administrativos, que também estão sujeitos aos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, tal como expressamente enunciado no inc. LV do art. 5º da CF. Em outras palavras, o acesso à justiça induz, entre outras coisas, a observância do contraditório e da ampla defesa, não apenas em processos judiciais, como também em procedimentos administrativos.

Em particular quanto ao procedimento administrativo de ilícitos de trânsito, aqueles direitos fundamentais não têm sido devidamente observados, sendo objetivo deste artigo demonstrar essa afirmação por meio de situações hipotéticas baseadas tanto no código de trânsito, como também em regras administrativas de hierarquia inferior.

2 Acesso à justiça na literatura processual

Na literatura processual, o trabalho que melhor expressa o acesso à justiça é a

pesquisa conduzida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada de “Projeto de Florença”, que envolveu também vários pesquisadores de outros países.

Nesse trabalho, a premissa básica dos autores é a de que a justiça social pressupõe o acesso efetivo à justiça, no sentido de favorecer as pessoas comuns, ou seja, equilibrando a relação entre demandantes pobres e ricos. Considerando, porém, que a efetividade perfeita exige igualdade substancial, e que esta não passa de uma utopia, os autores aceitam uma efetividade imperfeita, capaz de superar os obstáculos ao acesso efetivo, sem abandonar os valores do procedimento¹.

A efetividade foi então definida como “o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos”, sendo que a tomada de consciência para ela teve início com o surgimento dos direitos coletivos e dos novos direitos humanos. Esse despertar para uma nova realidade chamou a atenção para (i) a função social do processo, para (ii) a não exclusividade das cortes ou para a concorrência de protagonistas não oficiais na solução dos litígios e para (iii) uma maior relação e influência recíproca entre o direito processual e o direito material. Se antes o individualismo liberal qualificava o acesso com base nos direitos formais de agir e ao contraditório, mediante a pesquisa da relação de imputação entre antecedente e consequente, de maneira indiferente à própria realidade, a estratificação e a complexidade sociais geradas na segunda metade do séc. XX passaram a exigir um processo de resultados, com satisfação aos seus consumidores².

Para tanto, seria necessário remover os obstáculos a essa efetividade, a saber: a) custas; b) pequenas causas não gratuitas; c) relação desigual entre prazos peremptórios (curtos) e tempo de duração do processo (longo); d) possibilidades desiguais das partes (privilégios, poder econômico, capacidade técnica, litigantes eventuais/habituais, legitimidade e resultado individual da defesa de interesses difusos). As reformas tendentes a promover essa remoção foram então descritas em três “ondas” cronológicas, a saber: 1) assistência judiciária; 2) representação jurídica dos interesses difusos; 3) novas formas de derrubar as barreiras ao acesso efetivo³.

Na primeira “onda” se caminhou da assistência voluntária à assistência remunerada pelo Estado. Essa última foi objeto de três modelos, a saber: o sistema de

¹ *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988, pp. 8, 15, 93-94 e 164. Em outras palavras, a pesquisa promoveu um corte epistemológico reducionista: não estando dentro do espaço da pesquisa o conceito e as teorias sobre a justiça social, preferiu-se tratá-la como uma utopia em troca de um enfoque processual aparentemente menos dogmático da efetividade, enquanto meio de superação das denominadas barreiras ao acesso.

² Op. cit., pp. 9-12.

³ Op. cit., pp. 15-29 e 31.

remuneração pública da assistência (*staff system*), o sistema de advocacia privada (*judicare*) e o sistema misto, de escolha entre a advocacia pública e a advocacia privada. O maior problema do primeiro modelo é o conflito de interesses entre os direitos tutelados e o próprio Estado enquanto sujeito passivo das demandas, enquanto que o maior problema do segundo modelo é o seu individualismo, ou seja, o não tratamento do demandante pobre como classe. Apesar dos avanços dessa “onda”, remanescem outras dificuldades: a) o não reconhecimento de direitos extradomésticos, como os direitos do consumidor e do inquilino; b) a intimidação moral diante dos advogados e da corte; c) a desigualdade econômica diante de grupos econômicos; d) a remuneração inadequada dos advogados em qualquer dos modelos empobrece a própria assistente, numa espécie de soma de pobreza⁴.

Na segunda “onda” surge a representação dos interesses difusos nos chamados “litígios de direito público”, diante de sua vinculação a questões de política pública que envolvem grandes grupos de interessados e que exigem mudança do individualismo processual para um coletivismo. Nesse movimento, a ação governamental (ministério público, advogado/procurador-geral, agências públicas, *ombudsman*) se mostrou ineficiente para a tutela desses interesses, ao contrário das ações populares e coletivas (*class action*), movidas por autores ideológicos, com notórias vantagens sobre as ações governamentais, a saber: a) associações temporárias de grupos, com redução do formalismo e das despesas; b) aumento do poder de barganha; c) honorários com cláusula de sucesso aumentaram o interesse de profissionais habilitados. Ao lado das *class actions* surgiram também três modelos de representação, a saber: 1) sociedades de advogados de interesse público; 2) assessoria pública, constituída de escritórios independentes que auxiliam grupos a reivindicar direitos e a se organizarem em grupos permanentes; 3) modelo misto⁵.

Na terceira “onda” encontram-se os esforços para aumentar a efetividade do acesso, mediante o emprego de um conjunto de instituições e mecanismos de demanda e de prevenção de demandas e a adoção de estudos críticos e de reformas do aparelho judicial, com reconhecimento, contudo, de que simples mudanças legislativas não são capazes de alterar a realidade e às vezes funcionam como mecanismo de redistribuição de vantagens, e não de compensação delas. Entre as alterações recomendadas estão: a) juízos e tribunais especializados; b) juízes leigos ou árbitros; c) meios informais e extrajudiciais de solução de litígios; d) mudança da legislação material tendentes a prevenir litígios; e) adequação das regras processuais ao tipo de litígio. Já as reformas recomendadas dizem respeito: a) aos procedimentos, com mais

⁴ Op. cit., pp. 31-47.

⁵ Op. cit., pp. 50-67.

concentração de atos e oralidade⁶; b) aos meios extrajudiciais de solução dos litígios, com a adoção de juízos arbitrais, de conciliação e de incentivos econômicos (isenções ou condenações à parte que resista ao acordo de forma irrazoável); c) à especialização de órgãos e de procedimentos judiciais, com a tutela dos interesses coletivos e difusos⁷.

Fazem parte ainda dessa terceira “onda” três fenômenos importantes, a saber: 1) as reformas dos juizados especiais ou de pequenas causas; 2) a mudança do modelo decisório; 3) a simplificação do direito⁸.

No plano dos juizados especiais ou de pequenas causas, as reformas foram conduzidas para obter: a) acessibilidade geral, com a adoção do *jus postulandi* (para ambas as partes), de plantões noturnos, de juizados instalados nas próprias comunidades, de simplificação de formas e de atermadores judiciais (serventuários que reduzem a termo das reivindicações); b) equalização das partes, mediante julgadores ativos, simplificação dos meios de obtenção das provas, audiências prévias de aconselhamento, paraprofissionais jurídicos aconselhores, perícias oficiais ou pagas pelo Estado, vedação às pessoas jurídicas (especialmente comerciantes cobradores de dívidas), marcação revisível na revelia e defesa do consumidor (com juizados especiais).

No plano da mudança do modelo decisório as mudanças: a) favoreceram a conciliação; b) deram origem a tribunais privados; c) promoveram a distinção entre conciliadores e julgadores, a fim de obter a mediação.

Finalmente, no plano da simplificação do direito as reformas adotaram: a) decisões por equidade; b) juízos locais e leigos de mediação (inclusive em matéria trabalhista e criminal); c) o divórcio sem culpa (denúncia vazia); d) responsabilidade objetiva; e) a especialização do direito do consumidor.

No que interessa ao presente trabalho, a efetividade implica também a não exclusividade das cortes ou a concorrência de protagonistas não oficiais na solução dos litígios. O tema em exame se inclui na terceira “onda”, entre os esforços para aumentar a efetividade do acesso, mediante o emprego de mecanismos de prevenção de demandas, especificamente com os meios informais e extrajudiciais de solução de litígios.

⁶ O “movimento da oralidade” ou o “modelo de Stuttgart” se antagoniza com o “sistema de neutralidade judicial”, porque nele a participação do juiz é mais ativa, assim como maior é o diálogo com as partes. Todavia, o perfil da magistratura dogmática não é realista com a simples reforma da oralidade (op. cit., p. 81).

⁷ Op. cit., pp. 67-91.

⁸ Op. cit., pp. 99-158.

3 Devido processo legal administrativo

O devido processo legal é um direito fundamental que tem sua origem na cláusula *law of the land*, contida na Magna Carta de 1215, evoluindo depois para a proteção não apenas da propriedade privada contra atos confiscatórios ou de desapropriação do poder público, como também da liberdade contra ordens ilegais, já sob a designação de *due process of law*, em sua feição material⁹.

Em sua feição processual, aquele mesmo direito exige em conjunto o juízo natural, o contraditório e a ampla defesa, a liceidade das provas, a publicidade dos atos, a fundamentação das decisões, o duplo grau de jurisdição e a imunidade da coisa julgada material.

Sobre sua aplicação no direito administrativo, em duas ocasiões o c. STF teve oportunidade de se manifestar a respeito, a primeira delas no *leading case* da SV n. 3 (MS n. 24.268) e a segunda no *leading case* da SV n. 5 (RE n. 434.059), colhendo-se em ambos, dos votos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (relator no segundo), o seguinte: 1) o devido processo legal inclui o contraditório e a ampla defesa, e ambos se aplicam não apenas ao direito processual como também no direito administrativo, em nome do que chamou de “pretensão à tutela jurídica” (em remissão a Pontes de Miranda), cujo núcleo essencial contém (agora de acordo com a literatura e com o TC tedescos) (i) o direito à informação, (ii) o direito à manifestação e (iii) o direito a ver os argumentos considerados/examinados; 2) os direitos objeto do núcleo essencial daquele sub-direito fundamental ainda mais se justificam (i) quando se pratica ato restritivo de vantagem antes reconhecida (RE’s 158.543, 199.733 e 211.242), (ii) porque “...o Supremo Tribunal Federal vem afirmando que em tema de restrição de direito em geral e, especificamente no caso de punições disciplinares, há de assegurar-se a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo...” e também (ii) diante do princípio da proteção da confiança, contra o qual o princípio da legalidade somente prevalece “...quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gere sua responsabilidade” (agora de acordo com Otto Bachof); 3) somente quanto assegurados aqueles direitos é que o devido processo legal administrativo se considera atendido em sua plenitude¹⁰.

Novamente, no que interessa ao presente trabalho, o devido processo legal diz respeito também aos procedimentos administrativos, nos quais devem ser

⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 7-78

¹⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às Súmulas Vinculantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 59-60 e 84

assegurados os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, que incluem (i) o direito à informação, (ii) o direito à manifestação e (iii) o direito a ver os argumentos considerados/examinados em face das autoridades administrativas às quais a demanda se apresenta, mormente quando se pratica ato restritivo de vantagem antes reconhecida, em específico a condução de veículo automotor nas penas restritivas desse direito.

4 Procedimento administrativo de ilícito de trânsito

De acordo com o art. 256 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), cabe à autoridade de trânsito aplicar as penas descritas naquele dispositivo quando observar a ocorrência de infração catalogada naquele diploma. Os meios pelos quais a autoridade de trânsito ou o agente da autoridade de trânsito pode emitir o auto de infração são (i) declaração da própria autoridade, (ii) aparelho eletrônico ou equipamento audiovisual, (iii) reações químicas ou (iv) qualquer outro meio tecnologicamente disponível, desde que previamente regulamentado pelo CONTRAN (§ 2º do art. 280).

Observada a infração por qualquer um daqueles meios, deve a autoridade de trânsito ou seu agente emitir o correspondente auto, com os dados previstos no art. 280 do CTB. Emitido o auto, a autoridade de trânsito deve julgar a sua consistência e aplicar a penalidade cabível, seguindo-se a emissão da notificação em no máximo 30 (trinta) dias (art. 281, parágrafo único, II) e o envio ao proprietário por remessa postal ou qualquer outro meio tecnológico hábil (meio eletrônico, quando oferecido pelo órgão do Sistema Nacional de Trânsito e desde que o infrator tenha optado por ele - art. 282-A), que assegure a ciência da imposição da penalidade.

Da notificação de autuação cabe defesa (defesa da autuação ou defesa prévia), no prazo previsto no § 3º do art. 3º da Res. CONTRAN n. 363/2010, devendo a autoridade competente julgá-la, seja no sentido de seu acolhimento (e correspondente cancelamento do auto), seja no sentido de rejeitá-la, caso último em que será aplicada a penalidade (art. 8º da mesma Res.) e notificado o proprietário, que poderá interpor recurso à Junta Administrativa de Recurso de Infração-JARI (sem necessidade de pagamento da multa) no prazo de 30 (trinta) dias, que deverá julgá-lo no mesmo prazo (arts. 282, §§ 3º e 4º, 285 e 286 do CTB).

Da decisão de não provimento pela JARI, cabe recurso ao CONTRAN (quando a pena tiver sido aplicada por autoridade federal) ou ao CETRAN (quando a pena tiver sido aplicada por autoridade estadual ou municipal), no prazo de 30 (trinta) dias da data de publicação ou da notificação da decisão, também sem a necessidade de recolhimento da multa, diante da revogação do § 2º do art. 288 do CTB pela Lei n. 12.249/2010, nos

termos dos arts. 288 e 289 daquele código.

Após essa etapa, encerra-se a instância administrativa de julgamento de infrações e penalidades, de acordo com o art. 290 do CTB.

5 Hipóteses de agressão ao acesso à justiça

Para demonstrar a hipótese enunciada na introdução, passa-se a examinar os casos nos quais o acesso à justiça não tem sido devidamente observado nos procedimentos administrativos de ilícitos de trânsito.

O primeiro deles gira em torno da previsão do § 2º do art. 280 do CTB, em cotejo com as fichas individuais dos enquadramentos de que trata o item 11 do Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito-MBFT.

Dispõe aquele dispositivo legal o seguinte:

A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN.

Para orientar o agente de trânsito a promover o enquadramento (subsunção) do fato observado nas previsões legais de infração de trânsito, as fichas individuais dos enquadramentos indicam em campos específicos a tipificação resumida, quando atuar, quando não atuar, definições e procedimentos e observações, neste último para que seja descrita a situação observada.

O primeiro problema da combinação entre o dever de declarar a infração e o modo como cumpri-lo é que os autos de infração não são padronizados e maioria deles não reproduz aqueles campos, limitando-se a conter a remissão ao código do enquadramento, sendo que no campo "observações" via de regra o agente de trânsito apenas repete literalmente a previsão legal do tipo infracional.

Tal sumariedade não contém em si mesma grande dificuldade quando o tipo infracional tem caráter objetivo (como estacionar ou parar em local proibido, avançar o sinal vermelho do semáforo ou deixar de usar cinto de segurança) ou quando o fato está documentado por (i) aparelho eletrônico ou equipamento audiovisual, (ii) exame de reações químicas ou (iii) qualquer outro meio tecnologicamente disponível, desde que previamente regulamentado pelo CONTRAN (§ 2º do art. 280). Contudo, quando

o tipo infracional tem caráter subjetivo aquela sumariedade representa sério prejuízo ao apontado infrator, pelas seguintes razões: a) o § 2º do art. 280 do CTB não autoriza literalmente, de modo que sem a descrição minuciosa do fato observado haverá violação ao princípio da legalidade contido no *caput* do art. 37 da CF; b) quando uma autuação tem a capacidade de limitar ou restringir um direito fundamental (como, p.ex., as penas suspensivas do direito de dirigir em relação ao direito fundamental à livre locomoção, por todos os meios: inc. XV do art. 5º da CF), com mais razão se exige do órgão público autuador uma motivação plausível para o ato administrativo praticado, sob pena agora de malferimento ao princípio da proibição de excesso: c) mesmo quando há ficha individual de enquadramento para aquele tipo infracional, com expressa recomendação de expor a situação observada, muitos agentes de trânsito não o fazem no campo “observações”, limitando-se a fazer remissão ao texto do próprio tipo legal; d) não existem fichas individuais de enquadramento para todos os tipos infracionais daquela natureza, o que, com mais razão ainda, impõe o dever de fundamentar o ato com a descrição minuciosa do fato observado, sob pena de agressão ao dever de fundamentação do ato administrativo.

Para confirmar a assertiva “c”, supra, passa-se a examinar o tipo previsto no art. 170 do CTB: dirigir ameaçando os pedestres que estejam atravessando a via pública.

Trata-se de conduta que não pode ser configurada objetivamente, e por isso a ficha individual de enquadramento diz quando autuar, indicando expressamente alguns exemplos, *verbis*:

Condutor intencionalmente intimida pedestre que esteja atravessando a via. Ex.: com intuito de assustar o pedestre ou apressar a sua travessia, acelera o veículo parado junto ao semáforo, ameaçando arrancar, independentemente da fase semafórica; muda repentinamente o rumo do veículo em direção ao pedestre. acelerar o veículo parado junto ao semáforo, ameaçando arrancar, com intuito de apressar condutor do veículo à sua frente; .mudar repentinamente o rumo do veículo em direção a outro, ameaçando abalroá-lo ou tomar a sua frente (“cortar”, “fechar”); .perseguir um veículo com o intuito de interceptá-lo.

No campo “observações” da ficha em comentário, consta expressamente a seguinte recomendação: “obrigatório descrever a situação observada”.

Nesse caso, a ficha individual de enquadramento torna o ato administrativo de índole punitiva duplamente vinculado, porque, para além do dever geral de fundamentação, impõe a descrição da situação observada, no campo “observações”, a fim de que a subsunção seja conferida com a tipologia descrita no campo “quando autuar”. Desse

modo, quando o auto contiver no campo "observações" mera remissão ao artigo do CTB ou simples repetição do tipo legal nele descrito, haverá agressão ao dever de fundamentação.

Para confirmar a assertiva "d", supra, passa-se a examinar o tipo previsto no art. 175 do CTB: utilizar-se de veículo para demonstrar ou exibir manobra perigosa, mediante arrancada brusca, derrapagem ou frenagem com deslizamento ou arrastamento de pneus.

Assim como o tipo anterior, a conduta descrita não pode ser configurada objetivamente, mas de modo diverso daquele primeiro tipo, para este não existe ficha individual de enquadramento.

Antes de tudo, é no mínimo surpreendente que uma infração de caráter subjetivo e classificada como gravíssima não tenha ficha individual de enquadramento, mas nesse caso com mais razão se reforça a exigência de descrição minuciosa do fato observado, porque se para o tipo anterior o campo "observações" demandava ser "obrigatório descrever a situação observada", aqui é que não se pode aceitar mera remissão ao artigo da lei ou ao seu texto literal para se ter por cumprido o dever de fundamentação do ato administrativo.

É bem verdade que o tipo em exame é mencionado entre as fichas do art. 174 (promover, na via, competição, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via) nos quadros "não autuar" e "definições e procedimentos", porém não com o objetivo de definir a conduta típica do art. 175, e sim para excluir o enquadramento na figura do art. 174. Então, no quadro "não autuar" consta a seguinte recomendação: "condutor que utilizar isoladamente o veículo para demonstrar ou exibir manobra perigosa, arrancada brusca, derrapagem ou frenagem com deslizamento ou arrastamento de pneus, utilizar enquadramentos específicos do art.175", mas esse quadro não define "quando autuar" para a figura do art. 175. Outrossim, no quadro "definições e procedimentos" consta que, "para fins de fiscalização do art. 175, o ato de utilizar pressupõe a não existência de outros veículos envolvidos e/ou espectadores", porque do contrário estará presente o tipo do art. 174, praticando-se assim o mesmo exercício do quadro anterior.

Presentes tais circunstâncias, a autoridade de trânsito deve adotar a linguagem deontológica contida no art. 175 para definição do tipo infracional, que está concentrada (i) na forma infinitiva dos verbos demonstrar e exibir, (ii) tendo por conteúdo manobra perigosa, (iii) exemplificada pelos atos de (a) arrancar de forma brusca ou (b) derrapar ou frear com deslizamento ou arrastamento de pneus. Em outras palavras, para o antecedente demonstrar ou exibir manobra perigosa, segue-se

a consequente multa, suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo.

Estabelecidas as premissas supra, pode-se concluir que a infração mencionada consiste em (i) ato de exibicionismo na condução de veículo automotor, (ii) caracterizado por manobra perigosa, ou seja, aquela que expõe em risco o próprio condutor e/ou terceiros pessoas, e (iii) que produza arrastamento de pneus. Sem a soma desses elementos (*fattispecie*) não se confirma a subsunção.

Dada a gravidade dos vários consequentes, o tipo infracional em exame parece ter sido previsto para hipóteses extremas de exibicionismo, como (i) o *burn out* ou fritada de pneus em vias públicas, (ii) o *drifting* ou derrapagem controlada (produzida apenas por veículos com tração traseira) e (iii) a arrancada brusca com “cantada” de pneus. Em todas essas hipóteses deve haver a intenção de exibir uma daquelas manobras (dolo específico) e elas devem ostentar a capacidade de colocar o condutor e/ou terceiros em risco. Nas palavras de Julyver Modesto de Araújo,

a infração do artigo 175 é comumente chamada de “direção perigosa” e ocorre quando o condutor quer utilizar o veículo para se exibir na via pública; o que se pune é a exibição da manobra, não consistindo infração, portanto, a simples frenagem do veículo (“queimar pneus”), por conta de estar em um declive, por exemplo, de forma não proposital (*Código de Trânsito Brasileiro. Anotado e Comentado*. Letras Jurídicas: São Paulo, 2016, p. 306).

Como se percebe, quando o tipo infracional é subjetivo e para ele não há ficha individual de enquadramento, o ônus argumentativo pesa sobre a autoridade ou seu agente de trânsito, que com mais razão não pode adotar descrição sumária do fato observado no auto de infração, sob pena de malferimento do dever de fundamentação do ato administrativo.

Tudo isso parece sintomático, e mesmo óbvio, mas não são escassos os casos nos quais o autuado recorre administrativamente, em qualquer uma das fase enumeradas no item anterior, tendo como resposta que o auto é válido diante da presunção de veracidade que o agente de trânsito ostenta ou, de forma mais surpreendente, que é válido porque supostamente observado o Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito, *tout court*. Nesses casos, também parece óbvio que o acesso à justiça (via contraditório e ampla defesa) não foi observado no procedimento administrativo.

Essas observações conduzem ao segundo caso de agressão ao acesso à justiça: a convalidação do ato não devidamente fundamentado com base no princípio da presunção de veracidade que acode a autoridade ou o agente de trânsito.

A correção da autuação depende de aspectos formais e materiais, respectivamente o preenchimento de todos os campos obrigatórios do auto e a descrição minuciosa do fato delituoso no campo das observações, mormente quando (i) o fato tiver sido apenas declarado pela autoridade ou agente de trânsito (e não documentado por aparelho eletrônico ou equipamento audiovisual, laudo de reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível), (ii) a ficha individual de enquadramento o exigir expressamente e (iii) inexistir ficha individual de enquadramento para a infração enquadrada, não bastando portanto a mera remissão ao artigo do CTB ou a repetição textual do tipo legal.

Tais exigências são condição de validade do próprio ato, já que de outro modo não há como se conferir a correção do enquadramento/subsunção do fato observado no tipo legal, situação que ainda mais se agrava quando o apontado infrator não tem meios de prova capazes de demonstrar que o fato ocorreu de outro modo, ou seja, que se está diante de enquadramento/subsunção equivocado. Nessas condições, a presunção de veracidade ostentada pela autoridade ou seu agente de trânsito não é tampouco capaz de convalidar o auto de infração indevidamente fundamentado. Além de a presunção de veracidade não ser *juri et de jure*, mas *juris tantum* (podendo assim ser produzido meio de prova contrário ao fato declarado pela autoridade), na hipótese de autuação com fundamentação insuficiente ou inexistente o ônus da prova é invertido, já que cumpria primariamente ao agente autuador a descrição minuciosa do fato declarado, ficando assim o autuado dispensado de provar a sua versão do fato.

O terceiro caso paradigmático de agressão ao direito fundamental de acesso à justiça, nos sub princípios do contraditório e da ampla defesa, é o concurso de mais de um ato infracional.

De acordo com o art. 266 do CTB, “quando o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as respectivas penalidades”. Na regulamentação desse dispositivo, o item 7 do Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito (instituído pela Res. CONTRAN n. 371/2010) chama o concurso objetivo pelo gênero “infrações simultâneas”, do qual são espécies as infrações concorrentes e concomitantes. As definições respectivas são acompanhadas de exemplos:

São concorrentes aquelas em que o cometimento de uma infração, tem como consequência o cometimento de outra.

Por exemplo: ultrapassar pelo acostamento (art. 202) e transitar com o veículo pelo acostamento (art. 193).

Nestes casos o agente deverá fazer um único AIT que melhor

caracterizou a manobra observada.

São concomitantes aquelas em que o cometimento de uma infração não implica no cometimento de outra na forma do art. 266 do CTB.

Por exemplo: deixar de reduzir a velocidade do veículo de forma compatível com a segurança do trânsito ao ultrapassar ciclista (art. 220, XIII) e não manter a distância de 1,50m ao ultrapassar bicicleta (art. 201).

Em resumo, infrações simultâneas concorrentes dizem respeito a ações sem autonomia ou dependentes entre si, para as quais se aplica o princípio da especificidade, ou seja, apenas a conduta mais específica merece autuação. Já as infrações simultâneas concomitantes dizem respeito a ações autônomas ou independentes entre si, a merecer autuação para ambas, tal como previsto no art. 266 do CTB. Dito de outro modo, infrações simultâneas concomitantes confirmam a regra do art. 266 do CTB, enquanto que as infrações simultâneas concorrentes são uma exceção a essa mesma regra.

Contudo, dispõe o parágrafo único do art. 3º da Res. CONTRAN n. 299/2008 que “a defesa ou recurso deverá ter somente um auto de infração como objeto”.

Supondo que o apontado infrator tenha sido autuado por mais uma conduta, como poderá ele ponderar sobre a ocorrência de eventual infração simultânea concorrente apresentando uma defesa ou um recurso para cada uma? O problema ainda mais se agrava quando as autoridades competentes para julgamento da defesa ou do recurso são de esferas diferentes (municipal, estadual ou federal) .

Parece evidente que o art. 3º da Res. CONTRAN n. 299/2008 ou foi revogado pela Res. CONTRAN n. 371/2010 (por meio do item 7 do Manual Brasileiro de Fiscalização de Trânsito, por ela instituído), ou viola o art. 266 do CTB (porque inclui exigência restritiva nele inexistente) ou, por fim, agride o princípio da razoabilidade e da racionalidade, já que simplesmente proíbe o acusado de mais de uma infração de discutir a incidência do princípio da especificidade.

O último caso paradigmático de potencial agressão ao direito fundamental de acesso à justiça é o fechamento ou enclausuramento discursivo, também chamado de diálogo de surdos mudos, ou seja, a falta de exame dos argumentos apresentados pelo acusado infrator em defesa prévia ou em recurso ou a adoção de narrativa decisória estranha àquela contida nos atos de impugnação.

Conforme antecipado no item 3, supra, o acesso à justiça induz a existência de um devido processo legal, que inclui o contraditório e a ampla defesa, tanto no campo do direito processual como também no campo do direito administrativo. Esses últimos

direitos fundamentais, por sua vez, implicam nos direitos à informação, à manifestação e a ver os argumentos examinados pela autoridade competente, tanto mais quando o ato impugnado for restritivo de vantagens antes asseguradas.

Nesse sentido, quando defesas prévias e recursos contra autuações por infração de trânsito não têm todos os argumentos neles contidos examinados, ocorre agressão ao direito fundamental de acesso à justiça, não apenas especificamente quanto ao contraditório e à ampla defesa, mas também porque tal omissão, total ou parcial, obriga o acusado infrator a se valer das vias judiciais para que seus argumentos sejam finalmente considerados, com enorme desperdício de recursos materiais, humanos e institucionais.

6 Conclusão

Acesso à justiça não é uma panacéia para que acusados de infrações de trânsito se livrem das penas correspondentes, do mesmo modo que a presunção de veracidade que acode a autoridade ou seu agente de trânsito não é uma panacéia para corrigir erros da legislação, de enquadramento/subsunção ou de autuação. Do mesmo modo que se exige do particular conduta lícita, no sentido de observar as leis de trânsito, também se exige da autoridade ou de seu agente de trânsito a observância das regras de autuação contidas nessas mesmas leis, e com maior razão, diante do princípio da legalidade, que para o primeiro é uma liberdade, enquanto que para o segundo é uma vinculação.

Os casos paradigmáticos de agressão ao acesso à justiça são apenas um pequeno exemplo de como o procedimento administrativo de ilícitos de trânsito precisa melhorar, em específico no tocante ao contraditório e à ampla defesa, já que a correção dos *deficits* apontados no item 3 pode prevenir o ajuizamento de demandas judiciais desnecessárias.

A cultura da violência difusa, análise do comportamento e efeito lucifer: o que leva à prática da sanção difusa em detrimento da sanção jurídica?

Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor da Rede DOCTUM de Ensino. Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Minas Gerais. Parecerista "ad hoc" da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Parecerista do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues

Aluno do curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Igor Gava Mareto Calil

Aluno do curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Rebecca Oliveira Dias

Aluna do curso de graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Ricardo Gueiros Bernardes Dias

Pós-Doutorado em Direito pela University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela University of California (Hastings)/UGF. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Pós-graduado em Direito Comparado pela Université de Sorbonne (Paris-Panthéon). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Efetivo da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A sanção difusa como violência e manifestação de intolerância; 3. Coerção e controle aversivo como aspectos geradores de sanções difusas; 4. A violência difusa sob a ótica de "*lucifer effect*": os reflexos do poder e do anonimato no "cidadão de bem": desindividualização, deshumanização e ação do mal; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O homem é um ser social, já dizia Aristóteles ao versar sobre o icônico *zoonpolitikon*. Salvo raríssimas exceções, onde há o ser humano, há também uma estrutura social, para lhe garantir ordem e coesão. Na contramão do que sucede com as abelhas, pássaros ou formigas, que se orientam mormente por um instinto geneticamente determinado, o humano é um ser *livre*; opta por uma ação, em detrimento de outras, conforme sua consciência e experiências pretéritas. Logo, a própria estrutura social se mantém coesa e ordenada a partir de um sistema de imperativos, normas, que prescrevem certos comportamentos e vedam outros.

Esses imperativos emanam das mais diversas esferas que compõem a estrutura social. Assim, para os praticantes do Islamismo é imprescindível que sejam realizadas as cinco orações diárias com o corpo voltado em direção à Meca (Salat). À mesa, conveniona-se que não se deve utilizar a faca com a mão esquerda. Nos ambientes médico-hospitalares, espera-se que os profissionais da saúde estejam trajados com vestes brancas. Perceba-se que há tantas normas quantos são os espaços em que o ser humano se congrega para coexistir.

Essas normas, que se prestam à disciplina do comportamento humano, se distinguem em diversas espécies, por exemplo, em religiosas, de etiqueta, de profissão e, inclusive, jurídicas. As chamadas jurídicas merecem atenção especial, pois, diferentemente das outras, têm a possibilidade de serem feitas valer coativamente, independentemente da concordância do indivíduo. O Estado sanciona juridicamente aquele que descumpre esses imperativos estabelecidos. As normas não jurídicas, por sua vez, também têm sanções, nem sempre bem ordenadas e organizadas, para o caso de sua violação, mas impassíveis de aplicação coativa.

Deve-se perceber que, muitas vezes, as normas jurídicas e não jurídicas tutelam o mesmo bem da vida. Por exemplo, "não matar" é regra encontrada tanto no artigo 121 do Código Penal, quanto no livro bíblico Êxodo, 20:13. Justamente por esta coincidência, e para evitar sanções difusas e desmedidas, hábeis a comprometer a coesão e equilíbrio social, é que o Estado assume para si o monopólio da distribuição da justiça. Veda-se, então, ao indivíduo, que exerça arbitrariamente as razões que acredite possuir, ainda que em prol da observância de normas morais.

Por outro lado, as referidas normas — tanto jurídicas quanto não jurídicas — atuam como estímulos sobre a consciência dos indivíduos que compõem as mais diversas esferas sociais, que a partir delas, têm seu comportamento moldado. Desta maneira, agem conforme o direito e a moral tanto por acreditarem que aquilo que é prescrito é correto, como por temerem as sanções que poderão vir a ser aplicadas em caso de seu descumprimento.

Assim, ao decorrer de suas vidas, essas pessoas vão assumindo um modo de agir normalizado e minimamente previsível. Isto significa, por exemplo, que de um indivíduo que nunca cometeu nenhuma contravenção ou crime, que segue os “bons costumes” próprios de sua ordem social e que contribui para a boa manutenção desta, não se espera a prática de alguma conduta delituosa e reprovável. Cria-se uma expectativa de que o chamado “cidadão de bem” continuará, por inércia, a agir conforme as normas que lhe são impostas.

Contudo, essa previsibilidade normal não é absoluta, afinal, não deixa de ser uma mera expectativa de que algo ocorra conforme o esperado: não é raro, antes o contrário, que sejam irrogadas ofensas, praticados linchamentos e até mesmo cometidos homicídios por pessoas das quais absolutamente nada de delituoso se poderia esperar. Surge, portanto, a questão: por que essas pessoas (“cidadãos de bem”) quebram suas linearidades comportamentais e cometem atos delituosos (aplicam sanções difusas), em vez de deixarem o Estado exercer seu monopólio aplicando a sanção jurídica adequada?

Dessa maneira, a presente pesquisa busca responder essa pergunta a partir de duas hipóteses distintas. A primeira pela aplicação da teoria behaviorista de Burrhus Frederic Skinner¹, apurando-se a influência de estímulos filogenéticos, ontogenéticos e culturais sobre os indivíduos praticantes de sanções difusas. A segunda hipótese parte das pesquisas empreendidas por Philip George Zimbardo na “*Stanford Prison Experiment*”² analisando-se os reflexos da atribuição de poder e do anonimato sobre os referidos “cidadãos de bem”.

2. A sanção difusa como violência e manifestação de intolerância

O direito é um mecanismo que garante a coesão e a manutenção da ordem na sociedade. Ele atua por meio da regulação de comportamentos, seja permitindo, obrigando ou proibindo condutas consideradas relevantes. O instrumento por meio do qual faz essas prescrições é a chamada norma jurídica. Esta é constituída — sem adentrar nas diversas variantes teóricas existentes — por uma descrição fática que se liga a uma consequência jurídica. Geralmente, essa estrutura lógica se resume da seguinte forma: *Se A, deve ser B*. Todavia, muitas vezes o comportamento prescrito pela norma jurídica como devido para o caso de ocorrência real da hipótese fática não

¹ SKINNER, B. F. *About behaviorism*. New York: Vintage Books, 1976.

² ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. New York: Random House Trade Paperbacks, 2008.),

é observado, assim, o próprio direito prescreve uma consequência para sua violação, denominada sanção: *Se A e não B, então deve ser C*.

O objeto de estudo deste trabalho é, em especial, a chamada sanção, que se prevê para o caso de descumprimento, violação, daquilo que a norma jurídica havia prescrito como ordinariamente devido. Essa sanção jurídica pode ser conceituada — em sentido amplo — como "um castigo imposto em detrimento ao não-cumprimento de um dever jurídico".³

Se por um lado se está dizendo que as normas jurídicas possuem uma sanção para o caso de seu descumprimento, por outro também se deve dizer que as normas não jurídicas operam da mesma maneira: estipulam hipóteses, prescrevem condutas e preveem sanções para a não observância dessas condutas. Dessa forma, por exemplo, assim como o direito veda o homicídio e prescreve uma pena para seu cometimento, também a religião proíbe o pecado, determinando uma penitência para aqueles que o praticam.

Todavia, diferentemente do que se passa com as normas jurídicas, as não jurídicas geralmente prescindem de uma objetivação. Ou seja, não são previamente organizadas ou definidas de forma clara, nem tem sua observância assegurada pelo monopólio jurisdicional de alguma instituição. Ao contrário da ordem jurídica, que institui órgãos que funcionam em divisão de trabalho, as ordens não jurídicas "autorizam cada membro da sociedade por ele constituída para executar as sanções por ela prescritas".⁴

Dessa forma, as sanções ficam a cargo dos próprios outros indivíduos que a ela estão sujeitos, ocorrendo uma penalização difusa, caracterizada por uma retribuição desordenada e imprevisível contra aquele que supostamente praticou algo contrário à norma moral. Destarte, não se tem uma garantia de que essas sanções serão aplicadas de maneira proporcional, correta e justa. Logo, nem o conteúdo da própria sanção tem uma delimitação clara, nem o agente que a aplicará é previamente determinado, podendo ela ser aplicada "por todo e qualquer indivíduo, de forma espontânea e concreta, sem que se possa antecipar o seu conteúdo e a sua intensidade".⁵ É o contrário do que se passa na ordem jurídica, "que, taxativamente, determina as

³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (o constructivismo-lógico-semântico)*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho. São Paulo, 2009, p. 242.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 171.

⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria Geral do Direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 21.

condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar.”⁶

Diante da natureza difusa, as sanções podem variar sob diversos aspectos.⁷ Deve-se ressaltar, contudo, que nem todas as suas espécies interessam ao presente estudo. Afinal, o olhar de reprovação que um adúltero recebe dos familiares ou o afastamento que sofre do seu círculo de amizade não configuram atos de violência, isto é, com intensidade relevante para lesar, de forma significativa, determinado bem da vida. Assim, é possível estabelecer uma “gradação” dessas sanções, sendo apenas relevantes para o presente estudo aquelas que requerem um grau mínimo de violência em sua aplicação.

Um ponto a se observar é que dentro da categoria sanção difusa violenta há casos em que sua aplicação decorre de um prejuízo para o próprio sancionador — ou para seus familiares e amigos — e outros casos em que esse sancionador não é diretamente lesado pela conduta, mas a sociedade como um todo, e, ainda assim, ele aplica a sanção violenta. Para ilustrar essas duas hipóteses, pode-se citar, respectivamente, o exemplo do pai que mata o estuprador da filha e o dos indivíduos que espancam coletivamente uma mulher acusada de bruxaria.⁸

Diante disso, extremado-se essas duas hipóteses de sanção difusa violenta, é de se dizer que aquela em que não há prejuízo direto para o sancionador (ou seus relacionados) configura um real ato de intolerância. Isso porque, essa sanção difusa é aplicada geralmente contra indivíduos vistos ou categorizados como “delinquentes” ou “criminosos” em decorrência de uma suposta transgressão que cometeram. Afinal, como explica Françoise Héritier, ser intolerante é “restringir a definição de humano aos membros do grupo; os outros, sendo não humanos, podem ser tratados como tais”, e “é preciso negar o Outro como verdadeiro humano para poder excluí-lo, causar-lhe mal, destruí-lo”.⁹

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 26.

⁷ Richard A. Posner e Eric B. Rasmusen indicam cinco categorias de sanções impostas para o asseguramento das normas sociais: 1. Sanções automáticas; 2. Culpa; 3. Vergonha; 4. Sanções informacionais; 5. Sanções bilateralmente custosas; e 5. Sanções multilateralmente custosas. (Creating and Enforcing Norms, With Special Reference to Sanctions. In: *International Review of Law and Economics*. 19. ed. New York: Elsevier, 1999, pp. 371-372.).

⁸ RIBEIRO, Anna Gabriela. "Mulher morta após boato em rede social é enterrada em Guarujá, SP". In: G1 Santos, 2014. Disponível: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-morta-apos-boato-em-rede-social-e-enterrada-nao-vou-aguentar.html> Acesso em: 10/08/2021.

⁹ HÉRITIER, Françoise. O Eu, o Outro e a intolerância. In: Foro Internacional sobre Intolerância. 1997: Paris, França /Academia Universal das culturas; publicação sob a direção de Françoise Barret Ducrocq; tradução Eloá Jacobina – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 24-27, *apud* AQUINO, Rosa Maria;

Dessa forma, a sanção difusa violenta pode assumir certas vezes um caráter de ato intolerante, com a prática de uma ação violenta contra indivíduos que não lhe causaram um mal prévio a “justificar” seu comportamento retributivo.¹⁰ Nesse caso, não haveria como se pensar em sanção difusa sem partir de uma noção de intolerância, em que se enxerga o transgressor da ordem moral como “outro”, não integrante de seu mesmo “grupo”, o que justificaria o uso da violência e a prática do mal, materializada na sanção.

Tanto é assim que Norberto Bobbio¹¹, ao tratar da intolerância e de suas manifestações, acaba por coincidir com os exatos graus de sanção difusas tratados no presente trabalho.

De acordo com o autor, diante dos “não iguais” existiriam certos graus de comportamentos assumidos. No grau mais baixo, teria o escárnio verbal, em outro, um pouco mais elevado, a atitude de evitar, de se afastar diante da presença do outro. Na sequência, a discriminação — entendida pelo não reconhecimento dos direitos do outro — geralmente seguida também pela segregação, e, por fim, o grau mais elevado, em que há a agressão e o uso da violência.

Diante disso, é de se concluir que a sanção difusa nada mais é do que uma resposta para a violação de normas não jurídicas. Essas sanções, justamente por não terem uma organização e controle por uma instituição de caráter estatal, podem assumir diversas formas e se manifestar em várias intensidades. Ao presente estudo interessa apenas aquelas que possuem aptidão para lesar de maneira significativa algum bem da vida relevante, que por isso são chamadas de sanções difusas violentas. Dentro dessas, ainda, é possível identificar duas variantes específicas, uma com maior conotação de vingança, retribuição pessoal, e outra de intolerância. Posto isso, ambas devem ser analisadas pela ótica comportamental de Skinner e pelas conclusões de Zimbardo, a fim de averiguar a causa apta a fazer com que esses indivíduos sancionadores — e que até então eram categorizados como “cidadãos de bem” — apliquem sanções difusas violentas.

SILVA, Cássio Raniere Ribeiro. Intolerante não sou eu, intolerante é o outro: um olhar antropológico. In: *Periódicos da UFRPE*, Ano VI, v. I, Pernambuco, 2017, p. 111.

¹⁰ Uma ressalva a ser feita é que não só as sanções difusas violentas podem ser caracterizadas como atos de intolerância. Contudo, a este trabalho importa apenas a análise daquelas que também se inserem na classe das sanções difusas violentas.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002, p. 129.

3. Coerção e controle aversivo como aspectos geradores de sanções difusas

Quando se busca as origens de certos comportamentos humanos, é interessante reverter as perspectivas quando se trata de essência. De onde vem a violência? Muitas áreas da psicologia procuram identificar essas causas de diversas formas. O behaviorismo radical de Skinner¹² traz o modelo científico para identificar como esses comportamentos são moldados.

Os comportamentos são moldados de acordo com as suas consequências. Isso quer dizer que a probabilidade de um comportamento acontecer novamente depende de qual consequência ele gerou no ambiente. A cultura, assim como a linguagem, tem tendência de superestimar o valor da essência e do maniqueísmo, desconsiderando o poder da situação.

As ideias essencialistas reforçam boa parte dos comportamentos sociais, ao considerar uma pessoa como essencialmente boa ou ruim, ou até mesmo grupos de pessoas como bons ou ruins.

Nos trechos a seguir, pretende-se deixar claro o poder incalculável do ambiente. De "anjo" a "demônio", há uma situação que extinguiu os comportamentos classificados culturalmente como "angelicais" e modelou a existência dos comportamentos "demoníacos".

A vida é um jogo de adaptação entre elementos. Os polegares opositores só continuaram aparecendo na espécie humana, pois ele foi útil para o manuseio de ferramentas, logo, foram reforçados a nível filogenético¹³. Uma pessoa se tornou "extrovertida" ao ser constantemente recompensada com aceitação social e respostas das pessoas ao redor, logo, foi reforçada a nível ontogenético¹⁴. Um ato se tornou proibido em determinada cultura, pois em algum ponto da história, proporcionou recursos para aquele grupo de pessoas, logo, foi reforçado a nível cultural.¹⁵

Um bebê tem a probabilidade de repetir a emissão de algum comportamento se sua mãe der afeto ou comida como consequência desse comportamento. Se um comportamento não for reforçado ao longo do tempo, há a probabilidade de ele entrar

¹² SKINNER, B. F. *About behaviorism*. New York: Vintage Books, 1976.

¹³ Isso significa que há uma relação evolutiva dos seres vivos ligados pela ancestralidade e descendência, de modo que determinado comportamento é selecionado de acordo com a história evolutiva de determinada espécie.

¹⁴ Isso significa que um determinado indivíduo evolui o seu comportamento a partir dos reforços e influências que recebe ao longo da própria vida.

¹⁵ BAUM, W. M. *Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução*. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 102-118.

em extinção. Skinner categoriza essas consequências como reforços e punições (consequências que aumentam ou diminuem a probabilidade de um comportamento voltar a acontecer). E esses reforços ou punições podem ser positivos ou negativos (com o acréscimo ou a retirada de um elemento do ambiente).¹⁶

Isso vale para todas as formas que o corpo age sobre o mundo. Nada no homem é pura essência. Nada o define para além dos fenômenos relacionais. O que é um cidadão de bem se não um indivíduo que teve a oportunidade ocasional de ser reforçado por emitir comportamentos socialmente aceitos pela cultura? Isso se torna claro ao se analisar os contextos ambientais que geram mais comportamentos violentos. Para explicitar isso, o behaviorismo radical se utiliza da análise dos fenômenos de coerção e controle aversivo.¹⁷

Para compreender a coerção, é preciso primeiramente ressignificar a noção de liberdade. Assim como nada é completamente intrínseco ao indivíduo, a liberdade não é algo inerente e isenta de condicionamento. O ser humano, individualmente, não escolhe como se comporta em relação ao ambiente. Porém, é possível sentir-se livre.¹⁸

A liberdade, assim sendo, não é a essência do ser, mas o comportamento de sentir-se livre. Considera-se então a liberdade como um sentimento. Esse sentimento de liberdade está diretamente associado à sensação de felicidade. Quando o comportamento é modelado por reforço positivo, tende-se a existir maior sensação de liberdade, e conseqüentemente, mais sensação de felicidade. Uma pessoa que se sente livre não se sente coagida. Pessoas que se sentem coagidas tendem a desenvolver comportamentos agressivos. Isso será explicado a seguir.¹⁹

Em situações ambientais de coerção, observa-se a existência de um controlador e um controlado. Para grupos ou indivíduos terem essa relação, há uma assimetria entre o comportamento do controlador sendo modelado por reforço positivo em detrimento de reforço negativo e punição positiva do controlado. Nessas situações, o controlado passa a se sentir coagido. A punição positiva e o reforço negativo são o que se chama de controle aversivo. Ou seja, o indivíduo controlado passa a criar aversão pelos

¹⁶ BAUM, W. M. Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 102-105.

¹⁷ BAUM, W. M. Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 235.

¹⁸ BAUM, W. M. Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 232-234.

¹⁹ BAUM, W. M. Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 237-238.

elementos associados ao controlador, emitindo comportamentos que evitem esses elementos.²⁰

Se um comportamento resulta em uma surra, desaprovação social ou prisão, ele foi positivamente punido. Se um comportamento é ameaçado de resultar em uma surra, desaprovação social ou prisão, a supressão desse comportamento está sendo mantido por reforço negativo. Essas formas de consequência diminuem as ações possíveis do controlado, fazendo-o sentir menos liberdade. As consequências a longo prazo dessa forma de modelagem de comportamento costumam ser ódio, ressentimento e agressão por parte do controlado, resultando no que se denomina "contra controle".²¹

A ameaça da perda de recursos (ou a perda de reforços positivos no ambiente), como foi explicitado anteriormente, é algo extremamente sensível para um corpo, fazendo-o reagir de forma violenta quando se sente possivelmente privado dele. Essa dinâmica foi selecionada a nível filogenético, devido a importância de tais recursos para a manutenção da sobrevivência.

A partir dessa perspectiva, considera-se os comportamentos de sanção difusa. A sanção difusa é aquela forma de "fazer justiça" entre a população apesar das punições positivas e reforços negativos determinados por lei.²² Verificando as contingências em que os comportamentos são modelados, observa-se que toda relação humana tem uma dinâmica de ajustamento constante. Todos os fatores ambientais têm um papel na modulação do comportamento, sejam esses fatores determinados ou não por lei. Até mesmo as leis foram criadas na base de sujeição a seleção por consequências, dependendo das contingências históricas que as trouxeram para o papel.

Os ambientes de controle social são todos aqueles em que há pessoas se relacionando. A prática da conduta social é modelada nos ambientes. Assim como a prática da violência. Toda essa lógica de analisar o comportamento da população possui uma palavra-chave: aprendizado. Tudo o que o homem faz, o ambiente o ensinou a fazer. Ensinou a espécie humana (conjunto), o sujeito (individualmente) ou os grupos sociais. Pelo ambiente, as pessoas aprendem a ser violentas.

²⁰ BAUM, W. M. Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 235-237.

²¹ BAUM, W. M. Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 235-238.

²² MASSON, Nathalia Ferreira. O conceito de sanção na teoria analítica do direito. Dissertação de Mestrado Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, 2007.

As sanções difusas preveem a existência de comportamentos proibidos pela sociedade.²³ Comportamentos podem ser considerados proibidos por uma série de razões. Todas elas são históricas, ou seja, todas dependem de uma história de contingências que as moldou. Roubar é errado devido a contingência histórica de propriedade privada, que foi selecionada culturalmente. A reação de punir uma pessoa que rouba, no entanto, pode ter diversas razões, dependendo do contexto. A pessoa que pune pode ter uma história de vida que a ensinou que agressão funciona para evitar comportamentos. Assim como uma cultura inteira pode ter uma história que ensinou que punição funciona para evitar comportamentos. Pode-se, inclusive, sugerir a hipótese que a própria existência de uma lei punitiva ensina tal fato.

No entanto, existe uma infinidade de variáveis que devem ser consideradas para definir a causa de uma situação de sanção difusa e violenta. Ambientes diferentes vão possuir estímulos diferentes. O linchamento de uma pessoa negra prevê a existência de uma sociedade que aprendeu a agredir mais pessoas negras do que pessoas brancas. Porém, devido a história de contingências racistas, a pessoa negra que pune tem a maior probabilidade de ser considerada "essencialmente má", o que ocasionaria em diversas práticas de violência em relação a grupos minoritários (grupos que são, de fato, culturalmente coagidos).²⁴

As sanções difusas podem também, dependendo do contexto, serem vistas como forma de contra controle. Isso, ao considerar a população como controlado em relação a um sistema -seja ele o Estado ou o capitalismo - que a coage e a faz se sentir menos livre, ocasionando comportamentos de agressão, ressentimento e ódio.

Pode-se concluir essa análise com um questionamento importante: se o indivíduo não escolhe como se comporta, como diminuir as diversas formas de violência na sociedade se não pela lei? A segunda palavra-chave nos direciona a essa resposta: ambientes. Controlar pessoas individualmente só vai resultar em mais violência. No entanto, controlar ambientes para que pessoas se sintam menos coagidas e mais livres ocasionará em uma diminuição evidente de comportamentos agressivos de forma geral.²⁵ Cabe, então, analisar quais são as dinâmicas de controle para que, proporcionalmente, sejam elas desfeitas, em nome da liberdade.

²³ MASSON, Nathalia Ferreira. *O conceito de sanção na teoria analítica do direito*. Dissertação de Mestrado Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, 2007. p. 128, 135-137.

²⁴ SUE, Derald Wing; CAPODILUPO, Christina M; TORINO, Gina C.; BUCCERI, Jennifer M., HOLDER, Aisha M. B., NADAL, Kevin L., ESQUILIN, Marta. Racial microaggressions in everyday life: Implications for clinical practice. *American Psychologist*, May, 2007.

²⁵ BIGLAN, Anthony. *The Nurture Effect: How the Science of Human Behavior Can Improve Our Lives & Our World*. New Harbinger Publications, 2015. p. 18-32.

4. A violência difusa sob a ótica de "lucifer effect": os reflexos do poder e do anonimato no "cidadão de bem": desindividualização, deshumanização e ação do mal

No sentido até aqui analisado, resta colocar a outra questão proposta no início deste estudo: em que medida as pesquisas sobre a atribuição de poder e o anonimato sobre os referidos "cidadãos de bem" refletem nessa problemática.

No verão de 1971, o – até então jovem – psicólogo de Stanford University, Philip Zimbardo, se propôs a simular uma prisão no porão do Departamento da Psicologia.

Inspirado na dualidade da natureza humana ("bem e o mal"), o objetivo do experimento era compreender as consequências psicológicas de um ambiente prisional. É a partir desse experimento que surge o termo *lucifer effect* criado por Zimbardo. O nome, bastante sugestivo, tem como fonte a história de Lúcifer, que na história bíblica, teria sido o anjo favorito de Deus e contra ele se rebelou, caindo do céu.

Para isso, recrutou 24 jovens que, por alguma razão, estavam na cidade de Palo Alto (Vale do Silício), naquele verão. A escolha se pôs sobre jovens de classe média, em nível de graduação, consideradas "normais" e com aparente traços similares de personalidade (conforme exaustivos testes realizados). A cada um se propôs o pagamento de 15 dólares por dia em atuação.

Mediante sorteio ("cara ou coroa"), passou-se a designar os guardas e os respectivos prisioneiros daquele simulacro de presídio. A função de diretor do presídio recaiu sobre o próprio pesquisador Zimbardo. Os guardas foram instruídos a agir com os prisioneiros de modo humilhante.

A princípio, havia um certo ceticismo quanto ao grau de realismo na atuação dos personagens.²⁶ Entretanto, logo de início, percebeu-se uma imersão na realidade imposta a eles. Nas primeiras 36 horas, um dos prisioneiros já solicitou sua liberação da pesquisa, em razão da pressão exercida. Nos três dias seguintes, mais três prisioneiros foram liberados por terem apresentado alto grau de ansiedade, com reflexos físicos dermatológicos.

Com mais relevância e surpresa se apresentou a reação/atuação dos atores designados à função de guardas. Em poucas horas de experimento, já demonstraram um apreço pelo poder, em menor ou maior medida. Mostravam certo prazer na designação de obrigações triviais, tediosas e sem sentido aos presidiários.

O próprio pesquisador parece ter-se imergido na simulação – na posição de diretor da instituição – acarretando uma dificuldade em paralisar o experimento. Foram

²⁶LEVINE, Robert. The Evil That Men Do. *American Scientist*, vol. 95, no. 5, 2007, p. 440.

necessários apenas 6 dias – não sem antes uma intervenção de uma das pesquisadoras – para que o estudo fosse finalizado prematuramente.

Antes de qualquer mergulho no tema, é forçoso concluir que tal experimento não seria mais aceito por qualquer conselho de ética, além de, inevitavelmente, mostrar-se ilegal sob o ponto de vista jurídico. Aliás, sob certo ângulo, tem-se, aqui, uma tênue linha divisória entre a psicologia e a tortura.²⁷

E a questão posta é: para fins de traçar os limites do comportamento humano, as situações a que o indivíduo é diuturnamente submetido são mais determinantes do que sua personalidade inata? E mais: até que ponto – supondo seja afirmativa a resposta à primeira pergunta – as situações são, dessa forma, determinantes para a prática da violência difusa de que trata o presente estudo?

No marco teórico prevalente neste estudo²⁸, observa-se dois pontos nodais trazidos pelo autor. Embora se reafirme os traços genéticos e biológicos, o autor enfatiza duas outras forças:

- 1) a situação de um lugar em particular e o tempo têm efeitos significativos e inevitáveis no comportamento; fenômenos como conformidade, desindividualização, aquiescência à influência do grupo são fatores determinantes;
- 2) uma força sistêmica e perene tende a criar e manter determinados comportamentos, independentes, em certa medida, dos fatores predeterminados.²⁹

Para esses fins, destaca-se que questões como crença, autoridade, controle e poder são peças-chave fundamentais para o entendimento do problema. Destaca-se, notadamente, o modo da absorção do poder.

Haveria, nesse sentido, um ponto de desembaraço da questão: a *keyword* para a impulsão dos comportamentos seria a entrega do poder. E mais importante: um poder sob um manto de anonimato, no sentido de uma ausência mínima de fiscalização. Essa seria a causa prevalente dos comportamentos até então inesperados.

O anonimato não é conferido apenas às pessoas acobertadas (no sentido físico, ou não), mas também – e principalmente – às pessoas nada, ou pouco, observadas. Quando, em geral, observa-se alguém não como um indivíduo único, mas como um ser não

²⁷ DE VOS, Jan. Depsychologizing Torture. *CriticalInquiry*, vol. 37, no. 2, 2011, p. 286–314.

²⁸ ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. New York: Random House Trade Paperbacks, 2008.

²⁹ EDMUND, Lois. *Peace Research*, vol. 39, no. 1/2, 2007, p. 155–157.

"diferenciável", haverá uma sensação de ausência de identificação. E isso induz a um sentimento de anonimato, o que, por sua vez, pode conduzir a um comportamento antissocial.³⁰

E é por essa razão que o estudo parte de uma premissa básica, segunda a qual não há – ou não haveria – cidadãos do bem ou do mal. Existiria, sim, uma maior ou menor exposição a situações que podem impulsionar determinados comportamentos. E – frisando uma vez mais – a despeito de os fatores serem inumeráveis, tem-se que o desencadear dessas situações depende, no mínimo, do *keypoint* aqui posto: a permissão/concessão do poder em anonimato ou, ao menos, pouco observável.

De modo que a exposição a situações de controle, violência, descrença no indivíduo são aptidão para a retribuição difusa de um comportamento, muitas vezes, violento. Daí o traço marcante da sanção difusa, a intolerância. Aquele que transgride uma ordem moral, por exemplo, é visto como sujeito não integrante do grupo, o que justificaria o ato violento, tanto como meio de coerção quanto como retribuição pessoal.

Como as sanções difusas não são predeterminadas, não são vinculadas, sistematicamente, por uma instituição estatal, são, portanto, desorganizadas, elas se amoldam ao manto do anonimato. É, nesse contexto, um ato de poder.

Parece, então, que situações insanas causam insanos comportamentos.³¹ Por sua vez – e aqui talvez a questão mais relevante a ser posta – isso não significaria, necessariamente, uma aceitação absoluta da influência da manipulação do poder no comportamento. O próprio autor conduz a conclusão segundo a qual o comportamento "monstruoso" não é inevitável. Isso por uma razão: ainda permanece uma força que pode reprimir o comportamento. Essa força seria a resistência.

O ato de resistir poderia – e deveria – vir da supressão inicial dos "gatilhos" para o comportamento em desvio. Nesse sentido, sob o ponto de vista individual, sugere-se a evitação de determinadas situações como o anonimato, assim como o fortalecimento do discernimento das circunstâncias do cenário³²; sob uma ótima sistêmica, recomenda-se um questionamento do sistema como um todo de modo a inibir ou, ao menos, atenuar as situações de exposição de monopolização de poder que se dá, em maior ou menor medida, através do anonimato.

³⁰ ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. New York: Random House Trade Paperbacks, 2008. p. 301.

³¹ LEVINE, Robert. The Evil That Men Do. *American Scientist*, vol. 95, no. 5, 2007, p. 441.

³² EDMUND, Lois. *Peace Research*, vol. 39, no. 1/2, 2007, p. 155–157.

5. Conclusão

Como visto, não raramente, ofensas, linchamentos e até mesmo homicídios são praticados por pessoas as quais absolutamente nada de delituoso se poderia esperar.

Daí a problematização proposta no presente estudo: por que essas pessoas quebram suas linearidades comportamentais e cometem atos delituosos (aplicam sanções difusas), em vez de deixarem o Estado exercer seu monopólio aplicando a sanção jurídica adequada?

Dessa maneira, a presente pesquisa procurou responder a essa pergunta a partir da aplicação da teoria behaviorista de Burrhus Frederic Skinner, apurando-se a influência de estímulos filogenéticos, ontogenéticos e culturais sobre os indivíduos que cometem sanções difusas e da análise das pesquisas empreendidas por Philip George Zimbardo na "*Stanford Prison Experiment*", analisando os reflexos da atribuição de poder e do anonimato sobre os referidos "cidadãos de bem".

O ponto nodal das sanções difusas é que elas ficam a cargo dos próprios indivíduos que a ela estão sujeitos, daí uma penalização difusa, caracterizada por uma retribuição desordenada e imprevisível contra aquele que supostamente praticou algo contrário à norma moral.

O presente estudo realizou um corte metodológico para as sanções difusas que requerem um grau mínimo de violência em sua aplicação.

Concluiu-se que as sanções difusas nada mais são do que uma resposta para a violação de normas não jurídicas. Justamente por não terem uma organização e controle por uma instituição de caráter estatal, podem assumir diversas formas e se manifestar em várias intensidades. A prática de sanções difusas parte de uma noção de intolerância e com uma conotação de vingança, em que se enxerga o transgressor da ordem moral como "outro", não integrante de seu mesmo "grupo", o que justificaria o uso da violência e a prática do mal, materializada na sanção. Em alguma medida, representa até mesmo uma retribuição pessoal do dito "cidadão de bem".

Isso justificou a análise da prática de sanções difusas pela ótica comportamental de Skinner e pelas conclusões de Zimbardo. Com efeito, verificou-se que as causas aptas a fazerem com que esses indivíduos sancionadores — e que até então eram categorizados como "cidadãos de bem" — aplicariam sanções difusas violentas partem, de um lado, do poder do ambiente, especialmente de coerção e controle.

Viu-se nas situações ambientais de coerção a existência de um controlador e um controlado. Nesses casos, o indivíduo controlado passa a criar aversão pelos elementos associados ao controlador, emitindo comportamentos, as vezes com determinada equivalência, que buscam evitar esses elementos. Daí porque controlar pessoas individualmente só vai resultar em mais violência. Afinal, se o uso da violência é o

elemento de controle, as sanções difusas podem caracterizar-se como um elemento de retribuição.

Os comportamentos do sujeito são reforçados por traços genéticos, biológicos e culturais. O ponto chave que a experiência do marco teórico deste estudo apresenta é a de que: a situação de um lugar em particular e o tempo têm efeitos significativos e inevitáveis no comportamento; fenômenos como conformidade, desindividualização, aquiescência à influência do grupo também são fatores determinantes; e uma força sistêmica e perene tende a criar e manter determinados comportamentos, independentes, em certa medida, dos fatores predeterminados.

Daí porque a *keyword* para a impulsão dos comportamentos seria a entrega do poder. E mais importante: um poder sob um manto de anonimato, no sentido de uma ausência mínima de fiscalização. Essa seria a causa prevalente dos comportamentos até então inesperados.

Em que pese a dualidade mais fundamental da natureza humana não há – ou não haveria – cidadãos do bem ou do mal. Existiria, sim, uma maior ou menor exposição a situações que podem impulsionar determinados comportamentos e que, a partir de um reforço violento, tenderia a gerar a prática de sanções difusas violentas.

6. Referências Bibliográficas

BAUM, W. M. *Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (o constructivismo-lógico-semântico)*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho. São Paulo, 2009.

DE VOS, Jan. Depsychologizing Torture. *Critical Inquiry*, vol. 37, no. 2, 2011, p. 286–314.

EDMUND, Lois. *Peace Research*, vol. 39, no. 1/2, 2007, p. 155–157.

HÉRITIER, Françoise. O Eu, o Outro e a intolerância. In: *Foro Internacional sobre Intolerância*. 1997: Paris, França /Academia Universal das culturas; publicação sob a direção de Françoise BarretDucrocq; tradução Eloá Jacobina – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 24-27, *apud* AQUINO, Rosa Maria; SILVA, Cássio Ranieri Ribeiro. Intolerante não sou eu, intolerante é o outro: um olhar antropológico. In: *Periódicos da UFRPE*, Ano VI, v. I, Pernambuco, 2017.

LEVINE, Robert. The Evil That Men Do. *American Scientist*, vol. 95, no. 5, 2007, p. 440–442.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASSON, Nathalia Ferreira. *O conceito de sanção na teoria analítica do direito*. Dissertação de Mestrado Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, 2007.

POSNER, Richard A.; RASMUSEN, Eric. B. Creating and Enforcing Norms, With Special Reference to Sanctions. In: *International Review of Law and Economics*. 19. ed. New York: Elsevier, 1999.

RIBEIRO, Anna Gabriela. "Mulher morta após boato em rede social é enterrada em Guarujá, SP". In: G1 Santos, 2014. Disponível: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-morta-apos-boato-em-rede-social-e-enterrada-nao-vou-aguentar.html> Acesso em: 10/08/2021.

SKINNER, B. F. *About behaviorism*. New York: Vintage Books, 1976.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Teoria Geral do Direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUE, Derald Wing; CAPODILUPO, Christina M.; TORINO, Gina C.; BUCCERI, Jennifer M., HOLDER, Aisha M. B., NADAL, Kevin L., ESQUILIN, Marta. Racial microaggressions in everyday life: Implications for clinical practice. *American Psychologist*, May, 2007.

ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. New York: Random House Trade Paperbacks, 2008.

A ação de alteração de regime de bens do casamento no Código de Processo Civil (art. 734)

Francisco Vieira Lima Neto

Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); E-mail: limaneto@terra.com.br.

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutorado concluído em Educação/Currículo Jurídico pelo Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutorado em andamento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Coordenador do Grupo de Pesquisa "Desafios do Processo"; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. Orcid iD: <http://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.

Sumário: 1. Introdução. 2. Quando é possível alterar o regime de bens do casamento. 3. Como era feita a alteração no Código de Processo Civil de 1973. 4. O art. 734 do Código de Processo Civil: como alterar o regime de bens do casamento. 5. Conclusão.

1. Introdução.

Este é um ensaio que objetiva expor algumas impressões sobre o procedimento de jurisdição voluntária da Ação de Alteração do Regime de Bens do Matrimônio prevista no art. 734 (c/c arts. 719 a 725) do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil resolveu um problema de lacuna do Código de 1973 que passou a existir a partir da vigência do § 2º do art. 1.639 do Código Civil, que permite que o casal pleiteie ao Judiciário a mudança do regime de bens de seu casamento.

Em razão da falta de um rito específico aplicável a tal pedido, coube aos juízes seguir as disposições gerais dos arts. 1.103 a 1.112 do Código de Processo Civil de 1973 e determinar, *ex officio*, os atos processuais necessários ao julgamento e à efetivação da alteração que não estivessem previstos na lei processual ou em qualquer outra lei.

Por tal motivo, as ações para modificar o regime de bens poderiam (e eram) processadas de modo diferente em cada vara, a depender do juiz responsável, o que podia influenciar decisivamente no resultado final, qual seja, a sentença que julga procedente ou improcedente o pleito dos cônjuges.

O Código de Processo Civil de 2015 resolveu esse problema, estabelecendo o procedimento e os atos processuais, garantindo, assim, maior segurança no processamento e na decisão judicial acerca da pretensão. Isso é importante porque, a partir de uma perspectiva formal, a todos os cônjuges interessados em alterar o regime de bens de seu casamento são garantidos os mesmos atos processuais para o julgamento do pedido, dando a todos a mesma oportunidade de decisões com a menor grau de subjetividade judicial possível.

2. Quando é possível alterar o regime de bens do casamento.

Os ordenamentos jurídicos que mais se aproximam do Direito Civil brasileiro já previam há muito tempo a possibilidade de alteração de regime.

Na França, a previsão está no art. 1.396 do *Code Napoleon*:

Article 1396. Les changements qui seraient apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultanés de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou de leurs mandataires. Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou par l'effet d'un acte notarié, le cas échéant homologué, dans le cas de l'article suivant.

Nesse caso, conclui-se que: 1) a alteração é ilimitada; 2) pode ser feita pela via extrajudicial, e posteriormente homologada no judiciário; 3) será registrada, produzindo efeitos após três meses.

Na Alemanha, o parágrafo 1.415 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (ou BGB) traz a previsão de alteração que deve atender aos seguintes requisitos básico: 1) não trazer prejuízo a

terceiros; 2) se registrada, produz efeitos públicos; 3) se não for registrada, produz efeitos apenas entre os cônjuges, não produzindo efeitos perante terceiros. A redação é a seguinte: “§ 1415 Vereinbarung durch Ehevertrag. Vereinbaren die Ehegatten durch Ehevertrag Gütergemeinschaft, so gelten die nachstehenden Vorschriften”.

Na Espanha, a alteração é feita extrajudicialmente, inclusive sem a necessidade de homologação pelo juiz, e não pode prejudicar terceiros:

Artículo 1317. La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará em ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Artículo 1327. Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública.

Na Itália, a possibilidade está prevista no art. 163 do Codice Civile:

Art. 163 Modifica delle convenzioni. Le modifiche delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi. Se uno dei coniugi muore dopo aver consentito con atto pubblico alla modifica delle convenzioni, questa produce i suoi effetti se le altre parti esprimono anche successivamente il loro consenso, salva l'omologazione del giudice. L'omologazione può essere chiesta da tutte le persone che hanno partecipato alla modificazione delle convenzioni o dai loro eredi. Le modifiche convenute e la sentenza di omologazione hanno effetto rispetto ai terzi solo se ne è fatta annotazione in margine all'atto del matrimonio. L'annotazione deve inoltre essere fatta a margine della trascrizione delle convenzioni matrimoniali ove questa sia richiesta a norma degli artt. 2643 e seguenti.

Em Portugal vigora a imutabilidade do regime, tenta para o regime legal para qualquer outro. A possibilidade de alteração, contudo, ocorre na “separação de bens e pessoas”:

ARTIGO 1712º (Revogação ou modificação da convenção antenupcial antes da celebração do casamento). 1. A convenção antenupcial é livremente revogável ou modificável até à celebração do casamento, desde que na revogação ou modificação consintam todas as pessoas que nela outorgaram ou os respectivos herdeiros. 2. O novo acordo está sujeito aos

requisitos de forma e publicidade estabelecidos nos artigos antecedentes.

3. A falta de intervenção de alguma das pessoas que outorgaram na primeira convenção, ou dos respectivos herdeiros, apenas tem como efeito facultar àquelas ou a estes o direito de resolver as cláusulas que lhes digam respeito.

Posteriormente prevê a imutabilidade:

ARTIGO 1714º (Imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultantes da lei) 1. Fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados. 2. Consideram-se abrangidos pelas proibições do número anterior os contratos de compra e venda e sociedade entre os cônjuges, excepto quando estes se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens. 3. É lícita, contudo, a participação dos dois cônjuges na mesma sociedade de capitais, bem como a dação em cumprimento feita pelo cônjuge devedor ao seu consorte.

E posteriormente prevê algumas exceções à imutabilidade, mas nenhuma delas é por vontade dos casados:

ARTIGO 1715º (Excepções ao princípio da imutabilidade) 1. São admitidas alterações ao regime de bens: a) Pela revogação das disposições mencionadas no artigo 1700º, nos casos e sob a forma em que é permitida pelos artigos 1701º a 1707º; b) Pela simples separação judicial de bens; c) Pela separação judicial de pessoas e bens; d) Em todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal. 2. Às alterações da convenção antenupcial ou do regime legal de bens previstas no número anterior é aplicável o disposto no artigo 1711º.

Na Argentina a alteração é proibida: “Art.1219. — Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado”.

No Brasil, o Código Civil trouxe uma inovação em relação ao Código Civil de 1916, qual seja, a previsão da alteração de regime de bens entre os cônjuges na constância do casamento, com espeque no § 2º do art. 1.639:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Foi só em 2015 que a alteração ganhou um procedimento próprio, autônomo e especial, previsto especificamente na Seção IV do Capítulo XV do Título III do Livro I da Parte Especial (arts. 731 a 734) do Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015). Trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária que encontrou meios próprios e céleres para efetivar esse direito dos esposos.

O regime de bens, quando convencional, é escolhido por meio de um ato jurídico voluntário formalizado no chamado *pacto antenupcial*. Dado seu caráter patrimonial, consensual, autônomo e jurígeno — isto é, verdadeiro *negócio jurídico* —, o *pacto antenupcial tem natureza contratual*: é celebrado entre os nubentes na habilitação do casamento para reger suas relações patrimoniais após o matrimônio.

Sendo, então, um contrato, nada mais lógico que possibilitar sua modificação objetiva, pois toda obrigação é passível de *novação*. Ou seja, a alteração do regime de bens nada mais é que uma *novação contratual*, do tipo *objetiva* (art. 360 a 367 do Código Civil).

O § 2º do art. 1.639 estabelece quando podem os casados alterar seu regime de bens: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. Sistematizando esses critérios, tem-se o seguinte:

ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS (§ 2º do art. 1.639)		
<i>Requisitos</i>	<i>Redação do § 2º</i>	<i>Descrição</i>
Consensualismo	“pedido motivado de ambos os cônjuges”	A iniciativa da alteração deverá ser de ambos os cônjuges (<i>animus novandi</i> , sem expromissão), sendo por isso mesmo um procedimento de <i>jurisdição voluntária</i> . Aliás, aqui, sequer caberia ao juiz suprir a ausência de consentimento de um deles. Então, a alteração depende da vontade bilateral, e o juízo de conveniência é exclusivo do cônjuge, não podendo o outro impor-lhe tal mudança.
Judicialidade	“mediante autorização	Apesar de consensual, não pode ser feita pela via extrajudicial, por exemplo, em cartório, por meio de escritura pública, como

	judicial"	ocorre com o inventário e o divórcio consensuais (Lei nº. 11.441/2007). A razão da exclusividade da via judicial é a necessidade de controle dos motivos — implícitos ou explícitos — que levaram a tal pedido. Por exemplo: se há erro, dolo ou coação; se um dos cônjuges será prejudicado; se não há simulação ou fraude contra credores; se terceiro será prejudicado; se há risco de prejuízo para a prole.
Motivação	"pedido motivado"	Não se trata de direito potestativo dos cônjuges. Para que seu pedido seja deferido, será necessário motivá-lo. Isso significa que os cônjuges deverão justificar a alteração, isto é, o porquê de desejarem-na. Na verdade, o dever de motivação leva a concluir o seguinte: 1) o juiz somente irá deferir o pedido se as partes demonstrarem a <i>necessidade</i> ou os <i>benefícios</i> de tal alteração para a relação matrimonial. Não se trata, então, de um pedido "vazio", mas sim de um pedido "cheio" — fazendo uma analogia com a denúncia cheia e a denúncia vazia na resilição contratual; e 2) as partes devem demonstrar que nenhum terceiro será prejudicado pela alteração, o que pode ser demonstrado por meio de certidões negativas de: penhora sobre bens imóveis, ações judiciais, protestos, restrições em cadastros de inadimplentes.
Licitude	"apurada a procedência das razões invocadas"	No controle feito pelo juiz, deve restar comprovada a necessidade ou os benefícios da alteração para a relação matrimonial. Trata-se de um controle da validade da alteração, se ela não é alguma forma de burlar proibição legal, simular atos, se não há má-fé de um ou de ambos no pleito.
Incolumidade do direito de terceiros	"ressalvados os direitos de terceiros"	O juiz verificará se a alteração não trará prejuízos a direito de terceiro, seja intencional ou involuntariamente.

No Código Civil de 1916, a alteração era impossível: "Art. 230. O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável".

A possibilidade de alteração trazida pelo Código Civil foi estendida aos casamentos celebrados na época do Código Civil de 1916, por meio de interpretação do *caput* do art. 2.035 do Código Civil de 2002:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Ou seja, o art. 2.035 prescreve que os efeitos dos atos celebrados na vigência do *Codex* de 1916 são regidos pelo Código de 2002. Considerando que regime de bens é um efeito patrimonial do casamento, é regido pelo Código Civil vigente e, por isso, aquele (§ 2º do art. 1.639, que permite a alteração do regime de bens, também pode incidir os casamentos anteriores à data de vigência do Código Civil de 2002 (11 de janeiro de 2003).

3. Como era feita a alteração pelo Código de Processo Civil de 1973.

Antes do Código de Processo Civil de 2015, a alteração do regime de bens era realizada com as seguintes características:

1. *Procedimento*. Por se tratar de jurisdição voluntária, o pedido é processado a partir das disposições gerais fixadas nos arts. 1.103 a 1.112 do Código de Processo Civil de 1973. Não há previsão de um procedimento especial para o processamento desse pedido de regime de bens (art. 1.103);
2. *Petição inicial*. É assinada por ambos os cônjuges, por se tratar de pedido consensual e conjunto (art. 1.104). Para esse fim, os casados não têm capacidade postulatória, devendo ser assistidos por profissional da advocacia. Na petição deve constar, sob pena de inépcia, além dos elementos de estilo (arts. 282 a 285-B): como *causa de pedir remota*, a motivação dos interessados e a demonstração da necessidade ou dos benefícios da alteração; e como *causa de pedir próxima*, a licitude do pedido, com a demonstração da possibilidade jurídica;
3. *Pedido*. O art. 1.103 fala em “indicação da providência judicial”, que nada mais é que o requerimento ao juiz: de julgar legítima a motivação; o deferimento do pedido de alteração para o novo regime; e a expedição de mandado de averbação para o registro civil e para o registro de imóveis;
4. *Prova*. O requerimento — aqui incluída a causa de pedir, a motivação, e a comprovação de boa-fé, a incolumidade dos direitos de terceiros *etc.* — deve ser instruído com tudo o que for necessário para a formulação da convicção do juiz (art. 1.104);
5. *Citação*. Não se trata da *citação de réus*, já que não existe nesse caso específico. Trata-se de *notificação* a todo e qualquer interessado da intenção de alterar o regime (art. 1.105). Alguns desses interessados são os credores indicados na petição inicial, ou outros a depender do critério do juiz. Também o Ministério

- Público deverá ser intimado a emitir parecer. A Fazenda Pública deve ser intimada toda vez que a alteração tiver repercussão fiscal e envolver patrimônio comprometido com a dívida pública (art. 1.108);
6. *Resposta dos citados*. Deverá ser feita em até 10 dias após ser dada a ciência (art. 1.106);
 7. *Instrução probatória*. É conduzida de ofício pelo juiz, independentemente de indicação de provas e interessados pelos requerentes (art. 1.107);
 8. *Sentença*. O juiz não é obrigado a decidir favoravelmente aos requerentes se preenchidos os requisitos formais da alteração; ele tem o poder de tomar decisões a partir de um juízo particular de conveniência e oportunidade (art. 1.109);
 9. *Recurso*. Da sentença caberá apelação no prazo de 15 dias (art. 1.110 c/c art. 508), especialmente se o julgamento for contrário ao pedido dos requerentes por causa do juízo de conveniência e oportunidade feito pelo juiz;
 10. *Coisa julgada*. A sentença de alteração não faz coisa julgada material, pois pode ser modificada a qualquer instante por causa de circunstâncias supervenientes, como, por exemplo, requerimento de terceiro que demonstra prejuízo com a alteração (art. 1.111);
 11. *Novo pacto antenupcial*. Não é necessário assinar novo pacto antenupcial, pois a sentença fará sua vez, sendo, inclusive, averbada no registro civil. Assim, o novo pacto não teria qualquer utilidade;
 12. *Competência*. A fixação da vara competente para processar e julgar dependerá, preliminarmente, dos códigos de normas judiciárias de cada justiça estadual. Um levantamento de julgados revelou que, tendo sido reconhecida a alteração de regime uma ação de estado, a vara competente é a Vara de Família;
 13. *Registro*. Não há previsão de expedição de mandado de averbação da sentença e registro da alteração junto ao registro do casamento no Cartório de Registro da Pessoa Natural. Contudo, tal diligência é obviamente obrigatória, em razão do art. 9º, I do Código Civil e os seguintes dispositivos da Lei nº. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos): *caput*, do art. 37; art. 42, II, nº. 1; e art. 97;
 14. *Efeitos*. Trata-se de questão polêmica, gerando divisões na doutrina e em tribunais de justiça estaduais. Para alguns, a alteração de regime produz eficácia retroativa à data do casamento (eficácia *ex tunc*); já outros sustenta a eficácia *ex nunc*. Mas o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela produção de efeitos *ex nunc*, embora reconhecendo no julgado a divergência¹:

¹ STJ, REsp.nº. 1300036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13/05/2014, publicado no DJe 20/05/2014.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. TERMO INICIAL DOS SEUS EFEITOS. EX NUNC. ALIMENTOS. RAZOABILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 1 — Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2 — Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento ('ex nunc' ou 'ex tunc') e do valor dos alimentos. 3 - Reconhecimento da eficácia 'ex nunc' da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. 4 — Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 07/STJ. 5 — Precedentes jurisprudenciais do STJ. 6 — RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Nenhuma das teses parece absurda, cabendo, na verdade ambas, nos seguintes termos:

EFICÁCIA	HIPÓTESE
<i>Ex tunc</i>	Obedecidos os requisitos do § 2º do art. 1.639, nada impede que, por vontade dos cônjuges, a alteração do regime produza efeitos desde a data do casamento. Decorre da liberdade contratual, isto é, a autonomia contratual, forma de manifestação da autonomia privada-negocial nos contratos (arts. 421 e 425). Deve-se obedecer, contudo, os limites dos arts. 1.653 a 1.657.
<i>Ex nunc</i>	A eficácia <i>ex nunc</i> , aconteceria no silêncio dos nubentes sobre sua vontade de produzir efeitos retroativos, sendo possível por causa dos seguintes motivos: 1) nada impede que os cônjuges estipulem acordos patrimoniais próprios para a constância do casamento, desde que não sejam contrárias às normas obrigatórias dos regimes de bens (art. 1.653 a 1.657); e 2) não há no Direito brasileiro a proibição de fixação de um regime misto para o casamento. Desse modo haveria uma hipótese de regime de bens misto.

15. *Partilha*. A necessidade ou obrigatoriedade de partilha de bens na alteração do regime dependerá do regime anterior e do regime posterior:

REGIME ANTERIOR	NOVO REGIME	PARTILHA
Regime em que há patrimônio individual (separação de bens, comunhão parcial e participação final nos aquestos).	Comunhão universal	Dependerá do seguinte: 1) Se não houver o patrimônio individual em razão da incomunicabilidade de bens do art. 1.668 do Código Civil: não será necessária a partilha porque será constituída massa patrimonial condominial; e 2) Se houver bens excluídos da comunhão: a partilha será necessária para determinar quais bens do antigo patrimônio individual ingressarão ou não no patrimônio coletivo. (Obs.: aqui se considera partilha toda e qualquer divisão de bens, inclusive mero inventário).
Regime em que há patrimônio comum (comunhão universal e comunhão parcial).	Regime em que há patrimônio individual (separação de bens, comunhão parcial e participação final nos aquestos).	Será necessária a partilha para formação dos patrimônios individuais de acordo com as regras específicas do regime escolhida.
Participação final nos aquestos.	Separação de bens	Tratando-se de regime misto — separação de bens na constância do casamento e comunhão parcial na dissolução) —, a partilha é necessária para individualizar o que pertencerá a cada cônjuge em razão do incremento patrimonial aquesto.
Separação obrigatória de bens, após cessadas as causas do art. 1.641).	Separação de bens	Apenas na hipótese de se considerar ainda vigente a Súmula 377 do STF, porque neste caso o regime de bens obrigatório será, na verdade, verdadeira comunhão parcial.

Como não há rito próprio, não há previsão de audiência, publicação de editais, expedição de mandados, depoimentos. A condução do processo corre por conta do

juiz, que tem autorização legal para atuar de forma discricionária (art. 1.107). São exatamente essas questões que o procedimento especial no novo CPC pretende unificar, residindo aí sua principal diferença para com o Código antigo.

4. O art. 734 do Código de Processo Civil: como alterar o regime de bens do casamento.

Como mencionado acima, não constava no Código de Processo Civil de 1973 a previsão expressa de um rito próprio para a alteração do regime de bens entre casados. E isso acontecia por motivos óbvios: no Código Civil de 1916 não havia tal possibilidade, e, portanto, o Código de Processo Civil nada tinha a tratar sobre isso.

Adveio a chance de mudar o regime, mas não foi incluído pelo legislador um procedimento específico para processar o requerimento dos casados, ficando o juiz livre para conduzir o processo a partir de regras básicas das disposições gerais da jurisdição voluntária, conforme dito acima.

O Código de Processo Civil de 2015 traz a previsão de uma ação específica para o divórcio e a separação consensuais, a extinção consensual de união estável e a alteração do regime de bens do matrimônio.

As ações de família no Código de Processo Civil podem ser divididas em dois grupos:

AÇÕES DE FAMÍLIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
<i>Jurisdição Contenciosa (arts. 693 a 699)</i>	<i>Jurisdição Voluntária (arts. 731 a 734)</i>
<p>São aquelas ações em que haverá contestação por falta de consenso entre as partes quanto a algum direito (art. 693), quais sejam:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Divórcio; • Separação; • Reconhecimento de união estável; • Extinção de união estável; • Guarda; • Visitação; e • Filiação 	<p>Ações em que, dada a natureza consensual, não há lide estabelecida, mas um pedido a ser analisado e homologado ou decidido pelo juiz. São as seguintes ações:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Divórcio consensual; • Separação consensual; • Extinção consensual de união estável; e • Alteração do regime de bens do matrimônio. <p>Obs.: embora possa ser feito por escritura pública (Lei nº. 11.441/2007), o divórcio consensual pode ser judicial na hipótese de assistência judiciária gratuita e deve ser judicial caso haja filhos menores.</p>

O dispositivo legal que introduz o procedimento especial no sistema processual civil brasileiro é o seguinte:

Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital.

§ 2º Os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros.

§ 3º Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

A seguir, algumas observações e impressões sobre esse art. 739:

1. *Procedimento*. Trata-se de ação de jurisdição voluntária, uma vez que não há litigiosidade (arts. 731 a 734). No Código de Processo Civil há a previsão desse procedimento especial. Mas, no que couber, serão aplicadas supletivamente as disposições gerais dos procedimentos de jurisdição voluntária, previstos nos arts. 719 a 725);
2. *Petição inicial*. Além dos requisitos gerais da petição dos arts. 319 a 321, apresenta o *requisito formal* a assinatura dos cônjuges (art. 734, *caput*), que não era exigida expressamente pela lei no sistema anterior. Não atendido tal requisito, a petição não será inepta e, portanto, não será indeferida nos termos do inciso I do art. 330, uma vez que não se verifica nenhuma das hipóteses de inépcia da petição elencados no § 1º do art. 330. Nesse caso, então, o juiz mandará os autores emendarem a petição, assinando-a:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Os casados não têm capacidade postulatória, devendo ser assistidos por profissional da advocacia. A *causa de pedir remota* é a motivação dos interessados e a demonstração da necessidade ou dos benefícios da alteração. Já a *causa de pedir próxima* será a licitude do pedido, com a demonstração da possibilidade jurídica e preenchimento dos requisitos legais;

3. *Pedido*. Além dos requerimentos de estilo, os interessados devem pedir que juiz: julgue legítima a motivação; defira o pedido de alteração para o novo regime; decrete a eficácia *ex tunc* do regime, se for o caso; e expedição de mandado de averbação para o registro civil e para o registro de imóveis. Deve-se seguir a regulamentação do pedido dos arts. 322 a 329;
4. *Provas*. A petição deve ser instruída com tudo o que for necessário para a formulação da convicção do juiz. O art. 734 nada prevê sobre as provas. Dessa maneira, é aplicado o art. 720 das disposições gerais, pelo qual cabe aos requerentes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários;
5. *Intimação*. O Código de Processo Civil chama de intimação a notificação de interessados, diferentemente do Código anterior, que falava em "citação". Os que devem obrigatoriamente ser notificados são: 1) o Ministério Público, nas hipóteses do art. 178 (art. 721); 2) a Fazenda Pública, quando tiver interesse na causa (art. 722); e terceiros que podem ser prejudicados e devem ter seus direitos ressalvados (art. 734, *caput* e § 2º). Quanto às formas de intimação, tem-se o seguinte:

INTERESSADO	FORMA DE INTIMAÇÃO
Ministério Público	De acordo com o <i>caput</i> do art. 180, o Ministério Público será intimado nos termos do § 1º do art. 183. Assim, sua intimação é <i>peçoal</i> feita por <i>carga, remessa</i> ou <i>meio eletrônico</i> .
Fazenda Pública	De acordo com o <i>caput</i> e o § 1º do art. 183a intimação é <i>peçoal</i> feita por <i>carga, remessa</i> ou <i>meio eletrônico</i> .
Terceiros	Pode ser feita de duas maneiras: 1) Por <i>edital</i> , que divulgue a pretendida alteração de bens, feita a qualquer interessado (§ 1º do art. 734); ou 2) <i>Peçoal</i> , pois as partes podem indicar meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens a terceiros (§ 2º do art. 734). Nesse caso, os autores indicam quais terceiros teriam interesse

	e como poderia ser feita sua intimação.
--	---

6. *Resposta.* Os intimados devem se manifestar caso queiram impugnar a modificação do regime. Quanto ao prazo para responder, tem-se o seguinte:

INTERESSADO	PRAZO PARA RESPONDER
Ministério Público	Duas normas fixam prazos diferentes: 1) 15 dias (art. 721); e 2) 30 dias (<i>caput</i> do art. 178). Surge a dúvida se prevalece o prazo de 30 dias, que é uma prerrogativa do Ministério Público, ou o prazo de 15 dias, por se tratar de uma situação especial. Como o prazo de 30 dias é uma prerrogativa para o melhor desempenho da função de <i>custus legis</i> (fiscal da lei e da ordem pública), prevalece sobre o de 15 dias. Dessa maneira, após a devida intimação, o Ministério Público deve se manifestar em até 30 dias, sendo obrigatória tal manifestação (favorável ou impugnando a alteração).
Fazenda Pública	O <i>caput</i> do art. 183 dá aos entes públicos a prerrogativa do prazo em dobro. Contudo, o § 2º diz que não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público. O art. 722 prevê a intimação da Fazenda Pública, mas não lhe fixa prazo própria e nem faz remissão ao prazo do art. 721. Dessa maneira, gozando do prazo em dobro, e sendo o prazo geral de resposta de 15 dias, a Fazenda Pública dispõe de 30 dias para se manifestar sobre a intenção dos cônjuges de alterar o regime de bens.
Terceiros	15 dias (art. 721).

7. *Sentença.* Somente poderá ser prolatada depois de decorrido o prazo de 30 dias da publicação do edital (§ 1º do art. 734). A alteração não é direito potestativo dos cônjuges. Por isso, o juiz poderá tomar uma decisão diferente à modificação, ainda que preenchidos todos os requisitos formais para deferimento do pedido, se entender que a mutabilidade do regime não é conveniente e oportuna (parágrafo único do art. 723);
8. *Recurso.* Contra a sentença cabe apelação no prazo de 15 dias (arts. 1.009 a 1.014);
9. *Coisa julgada.* Não há mais a previsão expressa do art. 1.111 do Código de Processo Civil de 1973 de modificação da sentença, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes. Contudo, parece que a sentença, na ação de modificação do regime de bens, não produz coisa julgada material, em razão do disposto no inciso I do art. 504 do novo Código:

“Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; [...]”. Se os motivos que levaram à alteração forem modificados por motivos supervenientes, a causa de pedir poderá ser rediscutida. Contudo, a sentença faz coisa julgada formal, inclusive para determinar quando devem ser expedidos os mandados de averbação juntos aos registros competentes (§ 3º do art. 734);

10. *Novo pacto antenupcial*. Assim como no sistema anterior — não há a previsão, e nem mesmo a necessidade — de celebração de novo pacto;
11. *Competência*. Permanece sendo do juízo de família, por se tratar de ação de estado;
12. *Efeitos da sentença*. Tal qual no sistema anterior, pode-se verificar a possibilidade de produção de ambos os efeitos, nas hipóteses anteriormente descritas;
13. *Partilha*. Também se repetem as circunstâncias anteriores, já analisadas anteriormente;
14. *Registro da alteração*. Após o trânsito em julgado da sentença (coisa julgada formal), serão expedidos mandados de averbação aos cartórios, para dar publicidade à modificação do regime. Deve-se proceder às seguintes averbações:

CARTÓRIO	REGISTRO
Registro Civil da Pessoa Natural	O mandado é averbado junto ao registro do casamento, tal qual fora feito com o pacto antenupcial do antigo regime de bens.
Registro de Imóveis	O mandado é averbado junto à matrícula do imóvel para produzir efeitos perante a terceiros no que diz respeito a esse bem.
Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins	O objetivo é comprovar a possibilidade de livre exercício da atividade empresarial, sem a necessidade de outorgas do cônjuge.

Pode-se sistematizar a ordem dos atos processuais da Ação de Alteração do Regime de Bens do Matrimônio no novo Código de Processo Civil da seguinte maneira²:

² Figura: Esquema do procedimento de alteração de regime de bens. Fonte: os autores.

Requerimento motivado assinado pelas partes, indicando as razões da alteração, e comprovando a conveniência e oportunidade da alteração (*caput* do art. 734).

Obs.: a petição somente será indeferida nas hipóteses do art. 330. Caso a motivação e as razões da alteração não sejam suficientes, o juiz deverá mandar emendar a petição (art. 321). Não poderá, portanto, indeferir a petição ou julgá-la inepta.

- Intimação do Ministério Público (art. 734, § 1º, c/c arts. 720 e 721);
- Intimação da Fazenda Pública, caso tenha interesse (art. 722);
- Publicação de edital para tornar pública a intenção dos cônjuges e cientificar terceiros interessados (art. 734, § 1º); e
- Intimação pessoal de terceiros ou por outro modo, se proposta pelos cônjuges (art. 734, § 2º).

Obs.: o juiz poderá tomar duas decisões:

Julgar improcedente o pedido de alteração, cabendo apelação (art. 724 c/c arts. 1.009 a 1.014).

O juiz julga procedente a modificação do regime de bens, se assim o julgar conveniente e oportuno (parágrafo único do art. 724).

Expedição de mandados de averbação junto aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (§ 3º do art. 734).

5. Conclusão.

O Código de Processo Civil sistematizou expressamente a maneira de se proceder à alteração do regime de bens do casal.

Como no Código de Processo Civil de 1973 não havia tal previsão, os juízes seguiam as disposições gerais e, de ofício, determinavam a ordem dos atos processuais que não estavam previstos. Por essa razão, as ações poderiam ser processadas e julgadas de modo diverso, a depender do juiz que respondia pelo julgamento da causa. Não seria incomum, então, encontrar decisões e processos diferentes, como, por exemplo, aconteceria com juízes que determinariam audiência, ou juízes que decidiriam apenas com base nos documentos, tratando como matéria de direito.

Embora tenha sido mantida a base da ação de jurisdição voluntária já utilizada no *Codex* de 1973, concluindo que ocorreram algumas modificações substanciais, perceptíveis quando se realiza um comparativo entre os dois estatutos processuais.

O quadro abaixo identifica e analisa essas modificações:

AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DO MATRIMÔNIO		
<i>Elemento</i>	<i>CPC/1973</i>	<i>CPC/2015</i>
Jurisdição	Voluntária	Voluntária
Procedimento	Sem atos específicos, conduzido discricionariamente pelo juiz a partir das disposições gerais da jurisdição voluntária (arts. 1.103 a 1.111).	Procedimento específico, indicando o que deve constar no requerimento, na causa de pedir (próxima e remota), no pedido. Previsão de editais para notificação de terceiros, ou de notificação direta (art. 734, <i>caput</i>).
Intimação do Ministério Público	Obrigatória (art. 1.105).	Obrigatória (art. 734, § 1º).
Intimação de terceiros	Obrigatória (art. 1.105).	Obrigatória (art. 734, § 1º).
Editais	Sem previsão de publicação.	Publicação obrigatória. Deve constar no edital o nome dos cônjuges e a alteração pretendida (art. 734, § 1º).
Prazo para a resposta dos interessados	10 dias após citação (art. 1.106).	Sem previsão. Neste caso, então, aplica-se o prazo de 05 dias previsto no § 3º do art. 218 ("Art. 218. Os atos processuais serão

		realizados nos prazos prescritos em lei. [...]. § 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”. Esse dispositivo corresponde ao art. 195 do antigo Código.
Prazo para o juiz decidir	10 dias, após o prazo de 10 dias para resposta dos interessados (art. 1.109, 1ª parte).	Não fixa prazo, mas deve aguardar pelo menos 30 dias da publicação do edital para decidir (art. 734, § 1º).
Proposta dos cônjuges de intimação alternativa	Não há previsão de meios que as partes podem utilizar para intimar terceiros.	As partes, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens (§ 2º).
Sentença	O juiz é livre para tomar a decisão mais conveniente e oportuna ao caso, não se restringindo à estrita legalidade (art. 1.109, 2ª parte).	Não há previsão nem do juiz decidir de acordo com a mera legalidade, e nem de decidir de acordo com a conveniência e oportunidade. Nesse caso, então, o juiz é livre para decidir, de acordo com sua convicção, desde que haja fundamentação e motivação da decisão (parágrafo único do art. 723).
Recurso	Da sentença caberá apelação em 15 dias (art. 1.110 c/c art. 508).	Não há previsão no art. 734, aplicando-se o prazo de 15 dias da apelação (arts. 1.009 a 1.014).
Coisa julgada	O art. 1.111 previa que não haveria coisa julgada material, pois os motivos poderiam ser rediscutidos em caso de fato superveniente.	Não há previsão expressa, mas também não faz coisa julgada material conforme art. 504, I.
Mandados de averbação	Não havia previsão. Decorria das previsões da Lei de Registro Público.	Previsão expressa no § 3º do art. 734.

Assim, com o Código de Processo Civil, o legislador teve a intenção de estabelecer expressamente o procedimento da Ação de Alteração do Regime de Bens do Matrimônio, criando uma base segura para um processamento igualitário para todo e qualquer interessado e evitando o excesso de subjetivismo na escolha do procedimento pelo juízo.

Da ação ressarcitória: Considerações sobre o direito de reembolso diante o inadimplemento do dever alimentar por parte de um dos genitores e o suprimento integral deste dever pelo outro¹

Francisco Vieira Lima Neto

Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Procurador Geral da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Procurador Federal (AGU).

Francelle Barcelos

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogada. francellebarcelos.adv@gmail.com.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da possibilidade do alimentando em dar como extinto o débito alimentício pretérito não honrado pelo alimentante. 3 Via adequada para reaver os valores suportados solitariamente pelo genitor diante a inadimplência do outro. 3.1 Os princípios da celeridade e economia processual. 4 Conclusão. Referências.

1. Introdução

O ser humano ao nascer é, em sua integralidade, dependente, e assim permanece por um significativo período. Esse período, em regra, perdura até um pouco após a sua maioridade, quando o sujeito, por meio de estudo, adquire conhecimentos capazes de lhe propiciarem o próprio sustento através do labor. Durante o período em que a pessoa não possui condições de se auto prover, por ser o direito aos alimentos² uma

¹ Artigo publicado em Obra Temas Contemporâneos de Direito Processual, Dialética, 2021.

² Válido apresentar a distinção entre o dever de sustento e a obrigação alimentar. Cahali deixa bem clara tal distinção ao conceituar o dever de sustento como: "O dever de sustento diz respeito ao filho menor, e vincula-se ao poder familiar; seu fundamento encontra-se nos arts. 1.566, IV, e 1.568 do CC/2002, como dever de ambos os cônjuges em relação à prole, de manutenção da família (art. 1.566, III); cessado o poder familiar, pela maioridade ou emancipação, cessa conseqüentemente aquele dever; termina, portanto, quando começa a obrigação alimentar. O dever de sustento é unilateral e se exaure na relação paterno-filial: na vigência da sociedade conjugal, consubstancia, mais propriamente, uma

condição de vida, cabe primeiramente aos genitores supri-la, enquanto essa necessidade existir.

Segue esse pensamento Yussef Sad Cahali (1986, p. 01):

O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu faldário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal - mais ou menos prolongada - a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida. Daí a expressividade da palavra "alimentos", no seu significado vulgar: tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida; ou, no dizer de pontes de Miranda, "o que serve à substância animal".

Ocorre que, como é sabido, muitos são os casos em que a dupla responsável por dar a vida a um novo ser não coabitam, não residem sob o mesmo teto e, por vezes, aquele genitor que não tem residência fixa com a cria, se torna inadimplente em seu dever de sustento, obrigando o outro genitor a suportar sozinho o dever alimentar da prole em comum. Tal quadro gera, ao genitor que se isentou de seus deveres, um enriquecimento ilícito, posto que, independentemente do não cumprimento de suas obrigações, seu filho teve as necessidades supridas por outrem, sem que tenha atingido o seu patrimônio financeiro.

Dentro desse cenário, o direito pátrio apresenta meios para socorrer o genitor que suportou sozinho o inadimplemento do outro, através do reembolso dessas despesas.

A questão é, qual é o meio adequado para obter o reembolso? Se deve reconhecer a incidência da gestão de negócios ou sub-rogação? Eis que esse artigo se preocupará com o direito desse genitor que suportou sozinho as necessidades do filho comum, mais precisamente no direito de reaver tais valores gastos, analisando qual é a via adequada para consegui-lo, se o filho, após atingir a maioridade, tem o poder de dar liberação desses débitos pretéritos, entre outras curvas processuais pertinentes. Para tanto, se propõe uma análise da doutrina e principalmente do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, vez que a reflexão sobre o assunto é de grande relevância. Ao que concerne ao modo de abordagem, será qualitativa, pois a pesquisa qualitativa se mostra mais adequada à natureza do tema, que demandará

obrigação de fazer do que uma obrigação de dar." (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 451.)

E continuamente, o autor conceitua obrigação alimentar como: "A obrigação alimentar não se vincula ao poder familiar, mas à relação de parentesco, representando uma obrigação mais ampla que tem seu fundamento no art. 1.696 do CC/2002; tem como causa jurídica o vínculo ascendente-descendente.". CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 452.

interpretação. Quanto ao método, será o dedutivo, posto que este utiliza-se das fundamentações e premissas genéricas, com a finalidade de se obter ao final conclusões acerca do tema.

2. Da possibilidade do alimentando em dar como extinto o débito alimentício pretérito não honrado pelo alimentante

Os alimentos, assim como iremos nos referir aos valores pagos pelo genitor ao filho a título de pensão alimentícia, abrangem vários aspectos necessários para uma vida digna, tanto no que tange ao físico, ao mental e ao aspecto social, ou seja, os alimentos devem ser suficientes para alimentação, vestimenta, saúde, educação, moradia, cultura e lazer. Em harmonia, conceitua da mesma maneira o doutrinador Silvio de Santos Venosa (2008, p. 475), quando leciona que “Alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum. Compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução”.

Além do que seriam os alimentos, ou o que eles devem conseguir suprir, é certo que o direito aos alimentos é preenchido de características de relevância para compreensão da discussão proposta. As características do direito aos alimentos em sequência são: é um direito personalíssimo, incessível³, impenhorável⁴, incompensável⁵, imprescritível⁶, intransacionável⁷, atual⁸, irrepetível⁹ e irrenunciável. Sendo assim,

³ As prestações vincendas são incessíveis, já as vencidas possuem a possibilidade de serem cedidas a terceiro, conforme os ensinamentos de Gomes: “Outorgado, como é, a quem necessita de meios para subsistir e, portanto, concedido para assegurar a sobrevivência de quem caiu em estado de miserabilidade, o direito à prestação de alimentos é, por definição e substância, intransferível. O titular não pode, sequer, ceder o crédito que obteve em razão de se terem reunido os pressupostos da obrigação alimentar, mas, se a prestação já estiver vencida, pode ser objeto de transação.” GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁴ Conceito de “impenhoráveis” por Venosa: “destinados à sobrevivência, os créditos de alimentos não podem ser penhorados. Essa impenhorabilidade, no entanto, não atinge os frutos”. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁵ Conceito de “incompensáveis” por Gonçalves: “a compensação é meio de extinção de obrigações entre pessoas que são, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶ O direito a alimentos não acaba pelo seu não exercício. “As prestações alimentícias prescrevem em dois anos pelo Código de 2002 (art. 206, §2º). Esse prazo era de cinco anos no código anterior (art. 178, § 10, I). O direito a alimentos, contudo, é imprescritível. A qualquer momento, na vida da pessoa, pode esta vir a necessitar de alimentos. A necessidade do momento rege o instituto e faz nascer o direito à ação (*actio rata*). Não subordina, portanto, a um prazo propositura. No entanto, uma vez fixado judicialmente o *quantum*, a partir de então inicia-se o lapso prescricional. A prescrição atinge paulatinamente cada prestação, à medida que cada uma delas vai atingindo o quinquênio, ou o biênio,

independentemente da intenção de tornar o presente artigo objetivo, válido se torna conceituar as características que influenciam diretamente ao tema.

Os alimentos são personalíssimos, pois são um direito fundamental da pessoa, se tratando de um direito pessoal, que não se pode transferir a um terceiro, ou seja, o direito ao alimento se relaciona ao titular do mesmo, não podendo ser repassado por razão alguma, haja vista que o intuito é a preservação da vida do alimentando.

Yussef Said Cahali (2013, p. 32), a respeito da citada característica, ensina que:

[...] é a representada pelo fato de ser um direito personalíssimo, à medida que trata-se de um direito inerente ao próprio necessitado, levando-se em conta a pessoa deste ao assegurar a sua subsistência; ao mesmo tempo em que a obrigação não é transmissível, pois baseado em vínculo de parentesco que liga uma pessoa a outra, o credor ao devedor de alimentos.

São também os alimentos, a priori, irrenunciáveis, por expressa previsão legal, mais especificamente presente na primeira parte do artigo 1.707 do Código Civil, em que apresenta que o credor dos alimentos pode não exercer o direito que lhe pertence, porém lhe é proibido renunciar a tal. Portanto, aquele parente que possui direito a alimentos o tem de modo personalíssimo e irrenunciável, além das demais características expostas. Entretanto, a característica da irrenunciabilidade do direito aos alimentos possui nuances e divergências específicas que serão abordadas a frente.

E ainda, podem os alimentos ser classificados como pretéritos, presentes e futuros, uma vez que estamos a falar de prestações. Em síntese, são considerados alimentos pretéritos os que estão vencidos há mais de 3 meses e ainda não foram cobrados, alimentos presentes são aqueles relativos aos últimos 3 meses, e por fim, são alimentos futuros aqueles que estão para vencer (FAYAD, 2010).

Após termos analisado de forma sucinta a matéria, com o único intuito de clarear a

a partir da vigência do Código de 2002.” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁷ Apenas o *quantum* das prestações pode ser transacionado. Conforme entendimento expresso no Código Civil em seu art. 841 (BRASIL, 2002): “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

⁸ Deve-se considerar que esta característica tem o condão de dar a natureza do alimento, posto que caso não o fosse, não mais se destinariam a sobrevivência do alimentando.

⁹ Essa característica também é denominada como “irrestituível”. “... os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentário venha a decair da ação na mesma instância, ou em grau de recurso: *Alimenta decernuntur, nec teneri ad restitutionem praedictorum alimentorum, in casu quo victus fuerit*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. I a III. p. 218.

discussão, afunilaremos a questão para renúncia dos alimentos pretéritos. Como apresentado há pouco, o artigo 1.707 do Código Civil traz de forma expressa a vedação à renúncia, pelo credor alimentando, dos alimentos decorrentes de parentesco. No entanto, a referida vedação encontra exceção quando estamos a analisar os alimentos pretéritos conforme os ensinamentos do professor Sílvio Venosa (2001, p. 365), “o beneficiário pode, contudo, renunciar aos valores dos alimentos vencidos e não pagos (...)”.

Ademais, quando estamos a observar uma ação de execução de alimentos, em casos de acordos, há jurisprudência que também flexibilizam a citada proibição. De forma mais precisa, essa vedação é flexibilizada apenas para os alimentos pretéritos, podendo o acordo, inclusive, ser acertado em valor inferior ao crédito alimentar, porém, de forma alguma para os presentes ou futuros. Em vista disso, se conclui que sim, pode o filho maior e capaz, na figura de exequente, dispensar os alimentos pretéritos a que teria direito a receber do alimentante, executado, que foi inadimplente com os seus deveres enquanto o outro genitor suportava a falta de tais verbas. Alguns casos julgados pelos Tribunais de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça servem de exemplo, motivo pelo qual serão reproduzidos trechos/ementas:

Agravo de Instrumento – Execução de prestação alimentícia – *Acordo homologado entre alimentante e alimentando, que completou a maioridade* – Sendo pago o montante devido ao credor, não há como se negar a quitação e, caso a mãe entenda que lhe é devido algum valor, poderá pleiteá-lo na forma da lei – Recurso desprovido (voto 3115).” (STJ. Retirado do relatório do Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha no RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.778 - SP (2010/0105155-9).

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. FILHO QUE COMPLETA MAIORIDADE. VERBA COBRADA. QUITAÇÃO. DIREITO DISPONÍVEL. GENITORA. SIMPLES ASSISTÊNCIA. ART. 8º, CPC. 1.Figurando como exequente de verba alimentícia filho menor, que, *no transcurso da demanda implementa a maioridade, nada obsta venha a dar quitação dos alimentos cobrados do seu genitor*, haja vista que referido numerário já havia se incorporado ao seu patrimônio, tornando-se, com isso, disponível. 2.O múnus exercido pela genitora conforme dogmática do art.8º, do Código do Processo Civil, de mera assistência, em favor do filho menor, encerrou-se precisamente quando este atingiu a maioridade legal. 3.Recurso provido para determinar que a execução prossiga somente em relação à segunda agravada. (TJ-DF-AI: 20060020063987 DF, Relator: Silvano Barbosa dos Santos, data de julgamento: 09/08/2006, 6ª Turma Cível).

3. Via adequada para reaver os valores suportados solitariamente pelo genitor diante a inadimplência do outro

Após a conclusão de que é possível o alimentário maior e capaz dar como liquidado os alimentos pretéritos dentro de uma execução, que deveriam ter sido pagos pelo alimentante e não foram, chega-se ao momento de tentar reaver esses valores por quem os supriu. Em regra, estaríamos, a princípio, de frente a uma ação de execução, na qual inicialmente o polo ativo da demanda seria composto pelo alimentando representado pelo genitor possuidor da guarda e com quem esse tem a residência fixada, e no polo passivo o genitor que tem o dever de prestar alimentos e se encontra inadimplente.

Ocorre que, no transcorrer da ação, na hipótese desse alimentando atingir a maioridade, e sendo ele capaz, possível é que este transacione esses valores, podendo, inclusive, ser um acordo de valor inferior ao do débito, ou, simplesmente, dê por quitada a dívida sem qualquer contraprestação. Nesse momento estaríamos a observar duas realidades; a primeira é a de que esse genitor inadimplente teria um enriquecimento ilícito, sem causa, já que outra pessoa arcou em seu lugar por valores necessários para que seu filho tivesse uma vida digna, e a segunda é o fato de que esse terceiro que suportou esses valores, no caso o outro genitor, teria o direito de ter o reembolso dessa quantia, justamente para evitar a primeira consequência, isto é, o enriquecimento ilícito, bem como pelo seu próprio direito.

Contudo, qual é a via mais adequada? É viável permanecer com a ação de execução já em andamento? Esse genitor que arcou com os valores pode assumir o polo ativo em substituição ao filho? O Código de Processo Civil autoriza essa substituição de partes? Estamos diante do instituto da sub-rogação ou da gestão de negócios? É necessário ingressar com uma ação autônoma? Elucidaremos essas questões por partes.

Inicialmente, imperioso fazer constar que a legislação brasileira não é de toda clareza sobre o assunto, motivo pelo qual os juízos de piso, os Tribunais e o próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram de formas divergentes, em relação a prosseguir com a execução, absorver como correta a sub-rogação, findar a execução (caso assim o alimentário/exequente queira), reconhecer a gestão de negócios, ser necessária ação autônoma para reaver os valores.

Contudo, após algum transitar, parece-nos que a corrente majoritária atualmente adotada é a de que o genitor que suporta os valores não pagos pelo genitor inadimplente veste a figura do gestor de negócios, e que a tese de sub-rogação não encontra espaço no direito pátrio, considerando que o direito a receber alimentos é pessoal, não sendo possível a transmissão de sua titularidade. A doutrinadora Fabiana Marion Spengler explicita o direito pessoal quanto aos alimentos da seguinte forma:

[...] o direito ao recebimento de alimentos é personalíssimo no sentido de que não pode ser repassado a outrem, seja através de negócio, seja de outro acontecimento jurídico. É assim considerado por tratar-se de uma das formas de garantir o direito à vida, assegurado constitucionalmente, e que não pode faltar ao cidadão o necessário à manutenção de sua existência, tanto concernente à alimento quanto em relação à saúde, educação e lazer. Prova cabal dessa natureza personalíssima é o fato de que os alimentos são fixados levando em conta as peculiaridades da situação do credor e do devedor, consideradas as suas circunstâncias pessoais. (SPENGLER, 2011, p. 754)

Em continuação, é válido concatenar o conceito de gestão de negócios. A gestão de negócios ocorre quando um sujeito, sem que tenha havido a autorização da pessoa interessada, intervém na administração de negócio alheio, cuidando de acordo com o interesse e vontade que se presume que o dono tenha, ficando responsável perante este e as outras pessoas (ROMANO, 2016). Ato contínuo, temos o artigo 871 do Código Civil que apresenta o seguinte: “Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato.” (BRASIL, 2002). Logo, o instituto da gestão de negócios trabalhado no artigo 871 do Código Civil possui melhor adequação as hipóteses analisadas no presente artigo, de maneira que o genitor possuidor da guarda do filho, e que também é o depositário dos alimentos, figura claramente como um verdadeiro gestor.

Observa-se que o dispositivo acima transcrito não traz a obrigatoriedade de ratificação do alimentado, bem como permite concluir que, em eventual isenção dada ao genitor devedor por este, não teria o condão de atingir o direito de reembolso por aquele que honrou com os valores de outrem, ou seja, eventual acordo estabelecido entre o alimentado e o devedor, não tem o poder de atingir os direitos do sujeito que arcou com a inadimplência do segundo. Os posicionamentos acima expostos são entendimentos majoritários da doutrina, inclusive de Yussef Said Cahali (2013, p.83-86), que discursa brilhantemente o seguinte:

Divergem os autores, contudo, quanto ao fundamento desse direito de regresso. A tendência que tem prevalecido é considerar o terceiro como *gestor de negócios do obrigado*; se alguém prestou os alimentos, a título de empréstimo, ou sem receber o pagamento, o alimentante deve-os como os deveria a quem fosse gestor de negócios sem poder de representação; pois, em direito, sempre que uma pessoa gere utilmente os negócios de outra, aquela tem ação para se fazer indenizar dessas despesas; assim, é possível

que aquele que nutriu o filho o tenha feito gerindo utilmente os negócios do pai, devendo este, portanto, ser compelido a indenizar. Pretendem, porém, outros que o terceiro estaria investido de uma ação sub-rogatória ou ação oblíqua, mas tal fundamento não se mostra aceitável, pois, sendo o direito de alimentos vinculado exclusivamente à pessoa do credor, "les créanciers [deste] ne peuvent le exercer à la place des intéressés" *. * tradução livre: os credores deste não podem exercê-lo no lugar dos interessados. [...]

O terceiro que presta animo credendi encontraria, assim, na ação ressarcitória contra o obrigado, o caminho para reembolso daquilo que prestou ao alimentando. No direito brasileiro, inexistindo referência explícita à ação sub-rogatória, o legislador insere esse direito de reembolso no âmbito da gestão de negócios. [...]

E neste sentido a tradição do nosso direito, como demonstra Lafayette: "A mãe só é obrigada a prestar alimentos ao filho subsidiariamente, isto é, na falta do pai, e não tendo o filho bens (v. art. 1.568, CC/2002). Portanto, se ela o alimenta fora daqueles casos, fica-lhe salvo o direito de repetir as despesas pelos bens do pai, ou do filho, segundo for a hipótese. Cessa, porém, o direito de repetir tais despesas, constando que as fizera com ânimo de doar, (...), como se não sendo tutora ou curadora do filho, ou administradora de seus bens, prestou-lhe alimentos (...). Tem, porém, o direito de repetir as despesas com os bens do filho, seja ou não tutora ou curadora. Estas mesmas disposições têm sido aplicadas aos outros parentes, quando prestam alimentos fora dos casos em que são obrigados. A jurisprudência de nossos tribunais segue essa orientação.

No entendimento unânime da doutrina, considera-se que a pretensão creditícia ao reembolso exercitada pelo terceiro é de direito comum, e não de direito de família; assim, se o pai se esquivou ao longo dos anos ao dever de prestar alimentos constituídos por título judicial advindo de revisional de alimentos, onerando exclusivamente a genitora no sustento da prole, em tese não seria a execução de alimentos, devidos à filha, o meio apropriado para a mãe buscar o reembolso das despesas efetuadas, devendo fazê-lo por meio de ação própria fundada no direito comum. (CAHALI, 2013, p.83-86)

Ainda em análise ao dispositivo 871 do Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa discorre o seguinte sobre o assunto:

Equipara-se à gestão de negócios a prestação de alimentos feita por outrem, na ausência da alimentante. [...]

Este art. 871 dispõe que o solvens poderá reaver do devedor a importância, ainda que inexista ratificação. Dúvidas não ocorrerão se os alimentos decorrem de decisão judicial. O pagamento pode ocorrer em razão da obrigação legal de alimentar. Poderá, porém, o obrigado recusar-se ao

reembolso, se provar que não estava obrigado a pagar alimentos. Firmada essa hipótese, deverá o equiparado ao gestor voltar-se contra o verdadeiro alimentante ou contra o próprio beneficiário. (VENOSA, 2010, p.793).

E por fim, para completo suporte da posição até agora defendida, visto que atualmente é também a postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a de reconhecer o instituto da gestão de negócios, torna-se conveniente apresentar algumas ementas de julgados:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. INADIMPLEMENTO. GENITORA QUE ASSUME OS ENCARGOS QUE ERAM DE RESPONSABILIDADE DO PAI. CARACTERIZAÇÃO DA GESTÃO DE NEGÓCIOS. ART. 871 DO CC. SUB-ROGAÇÃO AFASTADA. REEMBOLSO DO CRÉDITO. NATUREZA PESSOAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO GERAL DO ART. 205 DO CC.

1. Segundo o art. 871 do CC, "quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importância, ainda que este não ratifique o ato". 2. A razão de ser do instituto, notadamente por afastar eventual necessidade de concordância do devedor, é conferir a máxima proteção ao alimentário e, ao mesmo tempo, garantir àqueles que prestam socorro o direito de reembolso pelas despesas despendidas, evitando o enriquecimento sem causa do devedor de alimentos. Nessas situações, não há falar em sub-rogação, haja vista que o credor não pode ser considerado terceiro interessado, não podendo ser futuramente obrigado na quitação do débito. 3. Na hipótese, a recorrente ajuizou ação de cobrança pleiteando o reembolso dos valores despendidos para o custeio de despesas de primeira necessidade de seus filhos - plano de saúde, despesas dentárias, mensalidades e materiais escolares -, que eram de inteira responsabilidade do pai, conforme sentença revisional de alimentos. Reconhecida a incidência da gestão de negócios, deve-se ter, com relação ao reembolso de valores, o tratamento conferido ao terceiro não interessado, notadamente por não haver sub-rogação, nos termos do art. 305 do CC. 4. Assim, tendo-se em conta que a pretensão do terceiro ao reembolso de seu crédito tem natureza pessoal (não se situando no âmbito do direito de família), de que se trata de terceiro não interessado - gestor de negócios *sui generis* -, bem como afastados eventuais argumentos de exoneração do devedor que poderiam elidir a pretensão material originária, não se tem como reconhecer a prescrição no presente caso. 5. Isso porque a prescrição a incidir na espécie não é a prevista no art. 206, § 2º, do Código Civil - 2 (dois) anos para a pretensão de cobrança de prestações alimentares -, mas a regra geral prevista no *caput* do dispositivo, segundo a qual a prescrição ocorre em 10 (dez) anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. 6. Recurso especial provido.(STJ. REsp 1453838/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE

SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. SUPRIMENTO DAS PRESTAÇÕES PELA GENITORA DURANTE O INADIMPLEMENTO DO OBRIGADO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SUB-ROGAÇÃO INEXISTENTE. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA PARA A OBTENÇÃO DO RESSARCIMENTO. (...) 2. A genitora que, no inadimplemento do pai, custeia as obrigações alimentares a ele atribuídas tem direito a ser ressarcida pelas despesas efetuadas e que foram revertidas em favor do menor, não se admitindo, todavia, a sub-rogação da genitora nos direitos do alimentado nos autos da execução de alimentos, diante do caráter personalíssimo que é inerente aos alimentos. Inaplicabilidade do art. 346 do Código Civil. 3. A ação própria para buscar o ressarcimento das despesas efetivadas durante o período de inadimplemento do responsável pela prestação dos alimentos se justifica pela inexistência de sub-rogação legal, pela necessidade de apuração, em cognição exauriente, das despesas efetivamente revertidas em favor do menor e, ainda, pela existência de regra jurídica que melhor se amolda à hipótese em exame. Incidência do art. 871 do Código Civil. Precedentes. 4. Recurso especial provido. (STJ. REsp 1658165/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017).

Aproveitando o constante nas ementas acima, a prescrição do direito de demandar em juízo para reaver os valores pagos para suprir a inadimplência do outro genitor é em 10 anos (prazo geral), em conformidade com o artigo 205 do Código Civil (BRASIL, 2002). Verdade é que a vertente que entende pela gestão de negócios expõe vários motivos para o não enquadramento da sub-rogação, em suma, os mais relevantes são a inexistência de encaixe entre as hipóteses previstas no artigo 346 do Código Civil¹⁰ e o direito de reembolso do genitor que socorreu sozinho a necessidade de seu filho, e a pessoalidade do direito aos alimentos, sendo impossível a transferência de sua titularidade. Entretanto, como exposto inicialmente, há uma pequena corrente que entende pela existência da sub-rogação nos casos objeto do presente artigo.

Primeiramente, de forma bem sintética, a sub-rogação nada mais é do que a existência de uma substituição, em uma relação jurídica, de uma pessoa por outra ou de um objeto por outro. Maria Berenice Dias, uma das doutrinadoras pertencentes à corrente minoritária, em sua obra Manual de Direito de Famílias, apresenta o seguinte em relação a ocorrência de sub-rogação em casos como os analisados:

¹⁰ Art. 346 do CC: "A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor: I - do credor que paga a dívida do devedor comum; II - do adquirente do imóvel hipotecado, que paga a credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel; III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte."

Para evitar prejuízo enorme, como o genitor que detém a guarda é quem acaba sozinho provendo ao sustento da prole, indispensável reconhecer a ocorrência de sub-rogação. Ou seja, resta ele como titular do crédito vencido e não pago enquanto o filho era menor, ainda que relativamente capaz. Se ele está sob sua guarda, como o dever de lhe prover o sustento é de ambos os genitores, quando tal encargo é desempenhado somente por um deles, pode reembolsar-se com relação ao omissor. [...] O mesmo ocorre quando o filho passa para a guarda do outro genitor. Se existe um crédito alimentar, quem arcou sozinho com o sustento do filho pode reembolsar-se do que despendeu. Dispõe ele de legitimidade para cobrar os alimentos. Age em nome próprio, como credor sub-rogado. (DIAS, 2013, p. 582).

Como exemplo de decisões que seguem o entendimento minoritário, em casos como os discutidos no presente artigo, temos o Agravo em Recurso Especial nº 1.182.089/SC (STJ. REL. MIN. LAZARO GUIMARÃES, julgado em 27.03.18), Recurso Especial nº 1.410.815/SC (STJ. REL. MIN. MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 09.08.16.), Agravo de instrumento autos nº 02101135.73.2012.8.26.0000 TJ/SP (TJ/SP. REL. JOSÉ PERCIVAL ALBANO NOGUEIRA JÚNIOR, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28.02.13)¹¹, entre outros que, em contramão ao entendimento majoritário, reconhecem o instituto da sub-rogação.

Superada a questão do reconhecimento da gestão de negócios ou sub-rogação, eis que se deve analisar, em separado, a possibilidade ou não do prosseguimento da execução da dívida alimentar já existente, que, quando de sua propositura, tinha como autor o alimentário, representado pelo genitor que suportou solitariamente os valores devidos e não pagos pelo executado, e agora, diante do desinteresse do alimentário em prosseguir com a ação, deseja reaver os valores por direito próprio.

A primeira questão que vem em mente é a possibilidade ou não no ordenamento jurídico vigente da substituição do polo ativo dentro dessa execução. O Código de

¹¹ "EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.- Sub-rogação de crédito alimentar em favor da genitora que supriu a obrigação paterna - Possibilidade - Alimentos não adimplidos à época da menoridade dos filhos - Impossibilidade da filha que alcançou a maioridade transacionar com o devedor todo crédito, sob pena de enriquecimento ilícito de um genitor em detrimento aos direitos de ressarcimento do outro - Sub-rogação prevista no ordenamento civil - Possibilidade, contudo, restrita aos alimentos prestados "in natura", desvirtuando-se da hipótese o arbitramento em pecúnia não adimplido, por falta da efetiva comprovação do emprego da totalidade em prol dos filhos - A figura da sub-rogação legal não transfere todos os direitos do beneficiado na integralidade - Pagamento de despesas escolares, condominiais e outras especificadas, que devem ser creditadas a favor da genitora, atribuindo-lhe legitimidade para prosseguir na execução e adjudicar o bem na proporcionalidade de seu crédito em relação aos demais - Decisão que definiu diferentes titularidades ao crédito que merece ser mantida - Agravo desprovido". Agravo de Instrumento n. 0210135-73.2012.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: José Percival Albano Nogueira Júnior - 28/02/2013 - 17841 - Unânime

Processo Civil, em seu artigo 18, diz que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.” (BRASIL, 2015) e o artigo 108 do mesmo diploma legal apresenta que “No curso do processo, somente é lícita a sucessão voluntária das partes nos casos expressos em lei.”. Ora, por uma análise do que prevê o ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao que apresenta o artigo 108 do CPC, quanto a sucessão voluntária das partes no processo, essa só é possível nos casos expressos em lei, ou seja, o legislador, ao elaborar tal norma, desejou claramente ter o controle de todas as substituições processuais possíveis, como se factível fosse a legislação esgotar todas as possibilidades reais dos casos práticos, não abrindo brechas para exceções não previstas em lei. Segue a mesma linha o artigo 18 do CPC, em relação a pleitear direito alheio em nome próprio.

Desse modo, mesmo que o interesse no prosseguimento da demanda exista, já que a intenção é apenas a de reaver os valores pagos, encontra-se uma impossibilidade imposta por lei desse genitor que deseja o reembolso em substituir o seu filho (exequente/alimentando) na demanda, pois não há no ordenamento a previsão dessa exceção. Assim, o genitor que tem o interesse de reaver esses valores, carece de legitimidade ativa e interesse processual para prosseguir na ação de execução já existente, não havendo outra saída, que não a de ingressar com ação autônoma, ação ressarcitória com fundamento no artigo 871 do Código Civil. A referida ação tramitaria em uma vara comum, uma vez que, conforme os ensinamentos de Cahali, o “(...) entendimento unânime da doutrina, considera-se que a pretensão creditícia ao reembolso exercitada pelo terceiro é de direito comum, e não de direito de família” (2013, p. 86).

Além da impossibilidade processual da substituição do polo ativo a que nos deparamos, não se pode deixar de levar em consideração que o ingresso de uma ação autônoma para reaver os valores pagos se faz necessária para que haja uma apuração de quais valores foram efetivamente pagos ao filho das partes, e em proveito exclusivo deste, ou seja, é necessária uma cognição exauriente a respeito do litígio, devendo existir o amplo contraditório¹², sendo este o entendimento apresentado no Voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1658165/SP (STJ, Terceira Turma, julgado em 12.12.17).

Não se pode olvidar que o Código de Processo Civil de 2015 fez questão de reiterar os

¹² O princípio do contraditório e da ampla defesa estão presentes nos artigos 9º e 10º do CPC, apresentando os seguintes textos: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...]” “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”.

princípios do contraditório e da ampla defesa, presentes na Constituição Federal¹³, tamanha a importância da total incorporação e necessária implementação do novo modelo de processo concebido pelo código de 2015. A imprescindibilidade do contraditório é demonstrada por Enrico Tullio Liebman, para quem:

[...] a garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida. (LIEBMAN, 1980, p. 111).

O contraditório e a ampla defesa são fundamentais no processo, para a garantia da jurisdição, sendo, portanto, fundamentais em uma lide em que se discute valores alimentares suportados apenas por um genitor diante o inadimplemento do outro, pois, apenas com uma cognição exauriente, é que se pode chegar ao valor real a ser ressarcido.

Contudo, como dito anteriormente, o entendimento exposto é a regra, havendo exceções, sendo essas vindas, inclusive, até mesmo do próprio STJ, que já prolatou decisões em outro sentido, entendendo que nesses casos não há a substituição do polo ativo, e sim sub-rogação do genitor nos direitos do crédito, exemplo é a decisão prolatada no Agravo em Recurso Especial nº 1.182.089/SC de relatoria do Min. Lazaro Guimarães (STJ, julgado em 27.03.18).¹⁴

3.1 Os princípios da celeridade e economia processual

De acordo com a posição do Superior Tribunal de Justiça, o genitor que pretende reaver os valores despendidos para suportar a inadimplência do pagamento do outro genitor na pensão da prole em comum deve usar mão de ação autônoma. Contudo, a própria corte já decidiu de modo contrário, conforme se observa, por exemplo, dos

¹³ Art. 5º, inciso LV da CF/88: "art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

¹⁴ Por ocasião da prolação do julgado referido, este foi assim ementado: "Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Pleito de substituição do polo ativo. Rejeição pelo juízo de origem. Lide expropriatória ajuizada pela infante, representada pela genitora. Atingimento de maioria civil e modificação da guarda. Peculiaridades do caso que autorizam o seguimento da lide em nome da mãe, como credora sub-rogada, em relação aos alimentos do período em que foi a guardiã. Recurso desprovido." (Rel. Min. Lazaro Guimarães. STJ – AResp. nº 1.182.089/SC, julgado em 27.03.18.)

autos no julgamento do Recurso Especial nº 1.410.815/SC (STJ, REL. MIN. MARCO BUZZI, julgado em 09.08.16)¹⁵, com o argumento de que o antigo Código de Processo Civil, bem como o vigente, trazem em seu corpo o entendimento de que deve haver o máximo de aproveitamento dos atos processuais¹⁶ já praticados, ou seja, deve-se priorizar os princípios da celeridade e economia processual norteadores do CPC, de modo que, exigir o ingresso de uma nova ação para o ressarcimento dos valores, no lugar de realizar a substituição do polo ativo da execução já existente, seria um ato a ferir os citados princípios.

No acórdão já referido, o Ministro Relator Marco Buzzi entendeu pela existência do instituto da sub-rogação, e, conseqüentemente, da possibilidade do sub-rogado prosseguir na mesma execução, com fundamento no artigo 857, § 2º do CPC/2015 (BRASIL, 2015)¹⁷. De acordo com esse entendimento, o que prevalece são os princípios da celeridade e economia processual presentes no Código de Processo Civil. Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni leciona (2016):

O direito à tutela tempestiva implica direito à economia processual, na medida em que o aproveitamento na maior medida possível dos atos

¹⁵ Por ocasião da prolação do julgado referido, este foi assim ementado: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PELO RITO DO ART. 733 DO CPC/1973 - FILHAS MENORES REPRESENTADAS PELA GENITORA - TRANSFERÊNCIA DA GUARDA AO EXECUTADO NO CURSO DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - ILEGITIMIDADE ATIVA PARA A CAUSA - INSURGÊNCIA DAS EXEQUENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Hipótese: Cinge-se a controvérsia a decidir se a genitora tem ou não legitimidade para prosseguir na execução de débitos alimentares proposta à época em que era guardiã das menores, ainda que depois disso a guarda tenha sido transferida ao executado. [...] 2. A genitora possui legitimidade para prosseguir na execução de débitos alimentares proposta à época em que era guardiã das menores, visando a satisfação de prestações pretéritas, até o momento da transferência da guarda. 2.1. A mudança da guarda das alimentandas em favor do genitor no curso da execução de alimentos, não tem o condão de extinguir a ação de execução envolvendo débito alimentar referente ao período em que a guarda judicial era da genitora, vez que tal débito permanece inalterado. 2.2. Não há falar em ilegitimidade ativa para prosseguimento da execução, quando à época em que proposta, e do débito correspondente, era a genitora a representante legal das menores. Ação de execução que deve prosseguir até satisfação do débito pelo devedor, ora recorrido. 3. Recurso especial provido. (Rel. Min. Marco Buzzi. STJ – Quarta Turma - Resp. n. 1.410.815/SC – julgado em 09.08.16).

¹⁶ O artigo 188 do CPC/2015, prevê o aproveitamento dos atos processuais realizados em desconformidade com o que a lei determina, mitigando assim o formalismo exacerbado, buscando a efetividade jurisdicional do processo. “Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”.

¹⁷ O Art. 857 do CPC apresenta que “Feita a penhora em direito e ação do executado, e não tendo ele oferecido embargos ou sendo estes rejeitados, o exequente ficará sub-rogado nos direitos do executado até a concorrência de seu crédito. (...) § 2º A sub-rogação não impede o sub-rogado, se não receber o crédito do executado, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens.”.

processuais já praticados - sem decretações de nulidade e repetições desnecessárias de atos - promove um processo com consumo equilibrado de tempo.

Ainda a respeito da celeridade e economia processual, o Código de Processo Civil de 2015 acertadamente buscou um novo modelo de processo, no qual se preocupa com a entrega da decisão em tempo razoável, para que se possa dizer que houve justiça, ademais, conforme os ensinamentos de Rui Barbosa (1977), "A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.". De acordo com a lição de Leonardo de Faria Beraldo, fugiria a lógica razoável obrigar aquele que era titular da guarda, durante a vigência do período que originou o débito, a ajuizar demanda de cognição com a finalidade de reconhecer um direito que lhe é patente (BERALDO, 2012, p. 60). Contudo, como vimos no tópico anterior, não se trata de algo tão simples assim, uma vez que existem várias nuances a serem analisadas antes de se concluir pelo prosseguimento da ação de execução.

Por certo, quando não se entender pela sub-rogação da parte, considerando o que disciplina o código de processo civil quanto à substituição da parte, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa que norteiam o processo civil brasileiro, necessário se faz abrir mão do aproveitamento dos atos processuais, da celeridade e economia, e caminhar a favor do formalismo processual.

4. Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro não consegue abranger todas as realidades fáticas vivenciadas em uma sociedade, bem como todas as lides que dela surgem. O problema abordado no presente artigo é um exemplo de situação em que não há uma previsão expressa de como o Judiciário deve se portar, mesmo sendo uma realidade familiar bem comum na sociedade.

Muitos são os pais que não coabitam com seus filhos e são responsáveis pelo pagamento de pensão alimentícia, sendo essa uma obrigação legal, e desses pais, muitos são os que se esquivam dessa obrigação, sobrecarregando apenas aquele que tem a guarda e a residência fixada com a prole. Diante da análise feita no presente artigo, conclui-se que, em uma ação de execução, pode o alimentado, na figura de exequente, quando maior e capaz, transacionar os valores da execução, dar quitação, em suma, por fim a dívida que o executado, genitor possui com o primeiro. Contudo, há de se considerar que, quem suportou os valores na ausência do executado tem o direito de reavê-los, até porque, se assim não o fosse, o genitor inadimplente teria um enriquecimento ilícito, enquanto que o genitor que honrou com os valores que não lhe era devido sofreria grande injustiça.

Foi observado que existem duas correntes, tanto em relação ao posicionamento da doutrina quanto do Judiciário nesses casos, quais sejam, do acolhimento da sub-rogação ou da gestão de negócios. Contudo, já é possível afirmar, diante das mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, que a sub-rogação não encontra guarida nesses casos, devendo ser acolhido o instituto da gestão de negócios. Sendo assim, o genitor que deseja o reembolso dos valores, deve ingressar com uma ação ressarcitória, com fundamento no artigo 871 do Código Civil, de modo a existir uma cognição exauriente, preservando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, diferente não poderia ser, posto que, diante o artigo 18 e 108 do Código de Processo Civil, a substituição processual nesses casos não haveria de ser possível, mesmo que usando como suporte para a continuação da execução os princípios da celeridade e economia processual, haja vista que a preservação do formalismo processual se impõe nesses casos.

Eis que, então, com contornos, se chega ao arremate de que a justiça consegue ser feita nos casos analisados nesse artigo, existindo o direito e os meios para que ocorra o reembolso dos valores pagos apenas por um genitor, para suprir a inadimplência do outro, quanto ao dever de prestação de alimentos à prole em comum.

Referências

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência*. 1ª ed. Belo Horizonte. Fórum. 2012. p.60.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. Editora Revista dos Tribunais, 1ª ed. São Paulo. 1986.p.1.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 451/452.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. Editora Revista dos Tribunais 8. ed. São Paulo. 2013.p.83-86.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. Editora Revista dos Tribunais 8. ed. São Paulo. 2013.p.32.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 582.

FAYAD, Gilberto. *A obrigação de prestar Alimentos*. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-obrigacao-de-prestar-alimentos/34811/>>.

Acesso em 06 jan. 2020.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. In: MARCATO, Antônio Carlos. *Preclusões: limitação ao contraditório?* Revista de Processo, São Paulo, ano 5, n. 17, 1980. p. 111.

MARIONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Rev. atual. Amp. São Paulo: RT, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. I a III. p. 218.

ROMANO, Rogério Tadeu. *Gestão de Negócios*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52898/gestao-de-negocios>>. Acesso em 22 jan. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Direito das Famílias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 754.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, Volume 5. São Paulo. 2001, p. 365.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Atlas. Coleção direito civil 6. 2008, p.475.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 793.

Ação monitória fundada em duplicata ou em triplicata sem aceite: análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Thiago Ferreira Siqueira

Pós-Doutor (UFES), Doutor (USP) e Mestre (UFES) em direito processual civil. Professor de direito processual civil dos cursos de Graduação e Mestrado da UFES. Advogado.
thiago_siqueira@hotmail.com

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise de entendimento frequentemente aplicado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da admissibilidade da ação monitória. Pretende-se, em breves linhas, avaliar criticamente a tese segundo a qual o processo monitório seria adequado à tutela de créditos em casos nos quais o autor esteja munido de duplicata ou triplicata sem aceite.

A escolha do tema justifica-se no fato de que, como parece claro, seu adequado entendimento exige do estudioso um conhecimento que supera as fronteiras do direito processual civil, sendo necessário, na verdade, que se compreenda adequadamente questões de direito cambiário atinentes às duplicatas.

Procuramos, com isso, prestar singela homenagem ao estimado Professor Francisco Vieira Lima Neto, que tanto representa no estudo e no ensino do Direito Privado em nossa Universidade Federal do Espírito Santo.

Para que se possa analisar adequadamente o problema, porém, é necessário, primeiramente, compreendermos aspectos fundamentais relativos à função e à estrutura do processo monitório brasileiro, bem como à sua admissibilidade.

2. Função e estrutura do processo monitório brasileiro

Prevista nos arts. 700 a 702 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), a ação monitória tem por finalidade permitir que aquele que afirma ter direito a uma quantia, prestação ou coisa, mas não esteja munido de título executivo, tenha acesso aos meios de execução sem que, para tanto, necessite passar pela via do procedimento comum.

Para que possa desempenhar referida *função*, o processo monitório é dotado de uma

estrutura peculiar¹, que, no modelo brasileiro, tem início quando o sujeito que afirma ter direito a exigir de outrem uma quantia em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou infungível, móvel ou imóvel, ou o adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer², ajuíza a demanda, instruindo, sua petição inicial, com "*prova escrita sem eficácia de título executivo*" do crédito (CPC/15, art. 700).

Ao se deparar com referidos elementos, cabe ao juiz, caso esteja convencido da *evidência* da existência do direito de crédito, determinar a expedição do chamado *mandado monitório* (CPC/15, art. 701). A partir de então, uma vez que seja citado, três alternativas se abrem ao réu.

A primeira delas é, no prazo de quinze dias, realizar o *adimplemento* da obrigação, comportamento que é *incentivado* pela lei, na medida em que essa, em caso de cumprimento, fixa os honorários advocatícios no patamar de apenas cinco por cento do valor da causa, e isenta o réu do pagamento das custas processuais (CPC/15, art. 701, *caput* e § 1º). Tratam-se, como parece claro, de sanções premiais, que têm o objetivo de induzir o devedor ao pagamento logo nessa fase inicial, atitude desejada pelo sistema³.

Pode o réu, ainda, no mesmo prazo de quinze dias, apresentar os chamados *embargos monitórios* (CPC/15, art. 702, *caput*), por meio dos quais lhe será lícito se opor à demanda em face dele proposta, buscando, com isso, afastar a impressão que de início se tinha quanto à existência da dívida. Nos embargos, como deixa claro o § 1º do art. 702, poderá, o embargante, deduzir qualquer "matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum". Em outras palavras, a sua oposição instaura juízo de *cognição exauriente* a respeito do crédito, até então inexistente.

Na vigência do CPC/73, existia, como se sabe, fundada dúvida a respeito da *natureza jurídica* dos embargos monitórios. Havia, assim, de um lado, autores que afirmavam tratar-se de simples *defesa* oposta pelo réu⁴, e, de outro, quem entendesse que se tratava de *ação* em que se pretendia a desconstituição da eficácia executiva do

¹ Sobre a contraposição entre *função* e *estrutura* da tutela monitória: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a "ação monitória" – Lei 9.079/95*. São Paulo: RT, 1997. p. 21-24.

² É de se notar, quanto ao ponto, que o CPC/15 ampliou sobremaneira as hipóteses de cabimento da ação monitória: no sistema do CPC/73, a demanda apenas era adequada para o "pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel" (art. 1102-A), não podendo dela se valer, portanto, o sujeito que afirmasse ter direito à entrega de bem imóvel ou infungível, ou a exigir prestação de fazer ou não fazer.

³ Assim: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória...*, p. 122-123.

⁴ Assim, dentre outros: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. II. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178-179.

mandado expedido e/ou o reconhecimento da inexistência do crédito⁵, dando origem a um novo processo, incidente ao procedimento monitório, posição que nos parecia a mais correta.

A dúvida, ao que parece, se acentua diante do texto CPC/15. Por um lado, a expressa admissão da apresentação de reconvenção pelo réu da ação monitória (art. 702, § 6º) dá a entender que, ao embargar, estaria ele apenas se defendendo. Além disso, não há mais a previsão, antes existente (CPC/73, art. 1.102-C, § 2º), de que os embargos seriam processados pelo “procedimento ordinário”⁶.

O fato, porém, é que, assim como fazia o Código revogado, o CPC/15 continua a tratar os embargos como ato que veicula uma *pretensão* a ser julgada. É isso o que se extrai do § 8º do art. 702, no sentido de que, *rejeitados os embargos*, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial. É essa, ainda, a conclusão a que leva o § 9º do art. 702, ao dispor que, contra a sentença que “acolhe ou rejeita os embargos” (ou seja, que *julga os embargos*), é cabível o recurso de apelação.

É de se notar, aliás, que, na estrutura do processo monitório brasileiro, a *única* pretensão a ser efetivamente julgada é aquela veiculada por meio dos embargos⁷. Nos termos do art. 702, § 4º, uma vez que sejam opostos os embargos, fica suspensa a eficácia executiva do mandado monitório, que, então, é liberada no caso de rejeição daqueles (art. 702, § 8º). Não se prevê, assim, qualquer ato de julgamento da pretensão inicial deduzida pelo autor da ação monitória, e tampouco há que se falar em *condenação* do réu-embargante⁸.

Por tais razões, ao veicular uma verdadeira pretensão, a ser objeto de julgamento, parece-nos que os embargos monitórios continuam, no sistema do CPC/15, a ter

⁵ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 1291, p. 790-792; MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 308-310; TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória...*, p. 125-135.

⁶ Nesse sentido, afirmando que, com isso, os embargos passam a ter natureza de contestação: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 275-277.

⁷ Além, é claro, de pretensões apresentadas em reconvenção, na forma do citado art. 702, § 6º.

⁸ Embora escrevesse à luz do CPC/73, são precisas as palavras de Antonio Carlos Marcato, ao tratar das consequências de se entender que os embargos teriam natureza de contestação: “Em suma, atribuir-se aos embargos a natureza de contestação implicaria o reconhecimento de que a sentença ao final proferida versaria o mérito da própria ação monitória (e não dos embargos); e, sendo de procedência, ela (e não o mandado monitório) é que iria atuar, enquanto condenatória, como título executivo judicial, assim desfazendo o arcabouço erigido por lei” (*Procedimentos especiais*, 13ª ed., p. 310). Para maior desenvolvimento dessa ideia, ver, ainda: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória...*, p. 132-135.

natureza de demanda⁹⁻¹⁰. Nesse cenário, a possibilidade de apresentação de reconvenção significa, apenas, que o réu da ação monitória poderá deduzir *outras pretensões* em face do autor além daquela veiculada pelos embargos.

Por fim, na terceira das possibilidades acima aventadas, caso o réu permaneça inerte, e nada faça no prazo de quinze dias, o mandado inicial convola-se em *título executivo judicial*, franqueando, ao autor, o acesso aos meios executivos, por meio dos procedimentos previstos para o cumprimento de sentença (arts. 513 e ss.).

É de se notar, nesse esquema, que, por suas características procedimentais, a ação monitória permite ao demandante ter acesso a título executivo, autorizando a prática de atos executivos tendentes à obtenção de tutela jurisdicional plena, com base em *cognição sumária*. Isso porque, ao determinar a expedição do mandado monitório – que, repita-se, caso não seja embargado, convola-se em título judicial –, o juiz forma sua convicção a respeito da evidência do direito de crédito com base, apenas, nas alegações deduzidas pelo autor em sua inicial, e na prova escrita a ela juntada.

Pode-se dizer, aliás, com apoio em conhecida classificação, que a sumariedade da cognição manifesta-se, aí, em seus dois planos¹¹. Afinal, o juiz leva em consideração, naquele momento, apenas os fatos constitutivos do direito do autor narrados na inicial, e não eventuais fatos impeditivos, extintivos, ou modificativos que o réu poderia suscitar (*limitação horizontal*), deles se convencendo tão somente com base na prova documental naquela ocasião juntada (*limitação vertical*)¹².

Justamente por isso, pode-se dizer, conforme célebre expressão, que a tutela monitória é uma espécie de *tutela jurisdicional diferenciada*, na medida em que permite a satisfação plena do direito com base em cognição sumária, sem que, para

⁹ Como ensina Dinamarco, “o ato de vir a juiz pedindo tutela jurisdicional, chamado *demanda*, tem por conteúdo uma *pretensão* de quem o realiza” (*Instituições de direito processual civil*, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 508, p. 126-127).

¹⁰ No mesmo sentido, também afirmando que os embargos continuam a ter natureza de ação: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 941-943; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 890-891.

¹¹ Conforme a lição de Kazuo Watanabe, a cognição pode ser considerada em duas dimensões distintas: no plano horizontal, leva-se em consideração a amplitude das questões que podem ser analisadas num dado processo; já no plano vertical, tem importância a profundidade de análise destas mesmas questões (*Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118-119).

¹² É o que afirma Andrea Proto Pisani em relação ao procedimento de injunção italiano, em lição que nos parece de todo aplicável ao modelo brasileiro: “se trata de cognição que tem por objeto apenas os fatos alegados pelo requerente, portanto de cognição sumária porque parcial. Ainda, a cognição além de parcial é também superficial: na verdade a cognição do juiz ocorre não com base nas provas que se aplicam no processo de cognição plena, mas com base dos elementos probatórios descritos pelo art. 634-636” (“La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”. In: *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: RT, 1998. p. 31 – *tradução livre*).

tanto, se tenha que percorrer o procedimento ordinário¹³.

A estrutura do procedimento monitorio emprega, ainda, outra técnica usual em nos processos diferenciados¹⁴, que é a *inversão do contraditório*¹⁵, ou, como preferem alguns autores, *inversão do ônus da instauração do processo de cognição exauriente*¹⁶: diferentemente do que ocorre no procedimento comum, caberá ao réu dar início às discussões em caráter ordinário, o que é feito por meio dos embargos. Caso esse se mantenha inerte, a decisão que determinou a expedição do mandado equivalerá, em termos de sua eficácia executiva, a uma sentença condenatória, proferida ao final do procedimento comum.

3. A “prova escrita” como requisito de admissibilidade do processo monitorio

Como se sabe, a admissibilidade da ação monitoria, no sistema brasileiro, depende de que a petição inicial esteja acompanhada de “prova escrita” do direito do postulado (CPC/15, art. 700). Faltando aquele requisito, a via é inapropriada para a tutela do direito, acarretando a extinção do processo por falta de interesse-adequação (CPC/15, art. 485, VI), ressalvada, é claro, a possibilidade de emenda da petição inicial para corrigir o defeito ou para requerer a conversão para o procedimento comum (art. 700, § 5º).

Justamente por não se tratar de título executivo, a prova escrita apta a instruir a demanda monitoria não se submete à regra da tipicidade, e tampouco deve atender a qualquer modelo predeterminado¹⁷. É essa, claramente, a direção seguida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que tem procurado ressaltar o “*baixo formalismo*” como característica marcante da ação monitoria, o que leva à aceitação

¹³ Atribuída a Andrea Proto Pisani, a expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser utilizada para designar dois distintos conjuntos de técnicas processuais: pode se referir tanto aos diversos procedimentos de cognição exauriente que, em atenção à natureza da relação de direito material a que se destinam, se diferenciam daquele tido como ordinário, quanto às variadas técnicas que, com base em cognição sumária, são capazes de satisfazer o direito carente de tutela. Nesse sentido, para a distinção, vale consultar, do autor: “Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata”. In: *Revista de processo*, n. 240. São Paulo: RT, 2015. p. 281-289. Como parece claro, é à segunda dessas perspectivas que nos referimos.

¹⁴ Neste sentido, enquadrando a inversão do contraditório dentre as características da tutela jurisdicional diferenciada: LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010. p. 86-87.

¹⁵ Assim, dentre outros: MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*, 16ª ed., p. 263-264.

¹⁶ É a expressão utilizada em: TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. In: *Revista de processo*, n. 209. São Paulo: RT, 2009. p. 23-24.

¹⁷ “A lei não identifica qual documento deverá acompanhar a petição inicial; exige, apenas, que ele tenha sido produzido na forma escrita” (MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, p. 270).

dos "mais pitorescos meios documentais, inclusive daqueles que seriam naturalmente descartados em outros procedimentos"¹⁸.

Na verdade, o que se exige, da prova que instrui a ação monitória, é que contenha elementos capazes de indicar a existência dos *atos constitutivos* do direito afirmado na petição inicial, ou seja, que possam atestar a existência do crédito, sua exigibilidade, e, sendo o caso, o valor devido.

Ainda nessa linha, se aceita, sem qualquer dificuldade, que ação monitória seja instruída a partir da *conjugação* de distintos elementos de prova. Isto é: a partir de provas que isoladamente não se prestem a demonstrar os fatos constitutivos do direito de crédito, mas que, em conjunto, são capazes de levar a essa convicção¹⁹. Afinal, como dito, não havendo que se falar em tipicidade, o importante é que os elementos trazidos pelo autor sirvam para a formação do convencimento judicial quanto à probabilidade do direito de crédito.

Essas ideias, entretanto, precisam ser adequadamente dimensionadas a partir de uma correta compreensão da cognição que o juiz deve realizar sobre a "prova escrita" que instrui a inicial da ação monitória. Para tanto, é de todo oportuno tecer uma breve comparação com a análise que, no processo de execução, é feita em relação ao título executivo.

Dotados da chamada *eficácia abstrata*²⁰, os títulos executivos são capazes de tornar adequado o processo de execução sem que, para tanto, o juiz tenha que realizar, de início, qualquer investigação a respeito da concreta existência do direito que se busca efetivar. A análise, que se faz, portanto, para que seja a autorizada a prática dos atos executivos, é meramente *formal*, no sentido de verificar se o título apresentado pelo exequente se enquadra em um dos modelos típicos definidos pelo legislador. Fala-se, assim, que o título "*funciona como condição necessária e suficiente da execução*"²¹.

É relevante frisar, portanto, que, para entender pela admissibilidade da execução, o juiz não realiza qualquer atividade cognitiva a respeito do crédito afirmado na inicial. Não

¹⁸ É o que se afirmou textualmente em julgado reiteradamente citado na jurisprudência do STJ: REsp 1025377/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 04/08/2009.

¹⁹ Neste sentido: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória...*, p. 67-70.

²⁰ Sobre o tema, conferir, com grande proveito: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. § 46, n. 306-312, esp. p. 489-491; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. 2ª ed. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968. § 11, n. 73-83, esp. p. 118-119 e p. 136-139; *Processo de execução*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. n. 8, p. 19-22. Recentemente, a noção de eficácia abstrata dos títulos executivos foi colocada em dúvida por Heitor Vitor Sica, em trabalho no qual se procura revisitar as relações entre cognição e execução: *Cognição do juiz na execução*. São Paulo: RT, 2017. Cap. 3 e 4 (p. 135-267), esp. n. 3.6-3.10 (p. 163-203).

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 8.

há, assim, que se falar em juízo de probabilidade ou de cognição sumária sobre o direito material; a análise, como se disse, é meramente formal, a fim de aferir se estão presentes as condições previstas na lei para que se tenha um título executivo. Pode-se dizer, nessa linha, que, na execução, a cognição sobre o direito material depende de iniciativa do executado, o que é feito por meio de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença.

Diferente disso é o que ocorre na ação monitória: não havendo título executivo, é necessário que os elementos que instruem a petição inicial sejam capazes de *convencer* o juiz da probabilidade de que exista o direito de crédito. Não se trata, portanto, de simplesmente verificar a conformidade formal entre o documento apresentado e um determinado modelo legal. Não por outra razão, o art. 700, *caput*, fala em "*prova escrita*", dando a entender, justamente, que o fundamental é que os elementos trazidos na inicial sejam capazes de gerar alguma espécie de *convicção* no juiz a respeito do direito pretendido.

É relevante, então, destacar que, ao contrário do que ocorre no processo de execução, o juiz da monitória exerce efetiva *cognição*, ainda que sumária, sobre o direito postulado. Diferentemente dos títulos executivos, a prova escrita para fins de tutela monitória não é dotada de eficácia abstrata, e, assim, a análise que sobre ela se faz não é meramente formal, a fim de verificar sua adequação a um modelo predefinido em lei²².

Tal constatação, vale dizer, reforça-se à luz do sistema do CPC/15, em que a expedição do mandado monitório pressupõe que o juiz repute ser "evidente o direito do autor" (art. 701, *caput*), sendo-lhe possível, caso tenha "dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada", determinar a sua intimação para, querendo, adaptar a inicial ao procedimento comum (art. 700, § 5º).

Desse modo, deve-se compreender que, ao contrário do que ocorre na execução, no processo monitório "não há documento (ou grupo de documentos) que automaticamente vincule o juiz à decisão concessiva da tutela, pois caberá sempre o exame conjugado de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas mencionadas na inicial e verificáveis de ofício"²³.

4. Ação monitória fundada em duplicada ou em triplicata sem aceite

Passemos, ainda, a analisar a tese de que a *duplicata* ou a *triplicata sem aceite* possam

²² Neste sentido, rejeitando a teoria do "título monitório", ver, com grande proveito: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória...*, p. 61-77

²³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória...*, p. 67.

servir de “prova escrita” para, nos termos do art. 700, instruir a petição inicial da demanda monitória.

Regulada atualmente pela Lei nº 5.474/68 (LD), a duplicata é o título de crédito que pode ser extraído de fatura representativa de compra e venda mercantil ou prestação de serviço, e que, por força de lei, é equiparado aos títulos cambiários²⁴. A triplicata, por sua vez, nada mais é que a segunda via da duplicata, emitida no caso de seu extravio, perda ou retenção²⁵.

Ao contrário da fatura – de emissão obrigatória, nos termos do art. 1º da LD -, o saque da duplicata é uma *faculdade* do credor, que poderá extraí-la para circulação ou para simples garantia do crédito²⁶. Por outro lado, a duplicata é o único título de crédito que pode ser sacado pelo vendedor na compra e venda mercantil (art. 2º), o que, porém, não impede o saque de outros títulos (nota promissória ou cheque) pelo comprador²⁷.

Uma vez que tenha sido emitida, caberá ao credor remeter, nos prazos e formas do art. 6º da LD, a duplicata ao sacado, que, por sua vez, tem o dever de devolvê-la com o *aceite* no prazo de dez dias (art. 7º). O aceite, como esclarece a doutrina, e ao contrário do que ocorre com outros títulos de crédito (letra de câmbio), tem natureza *obrigatória*, na medida em que apenas pode ser recusado nas situações taxativamente previstas no art. 8º da LD, a serem devidamente declaradas ao vendedor²⁸.

A princípio, então, para que seja dotada de força executiva, é necessário que a duplicata ou a triplicata tenha, nos termos acima vistos, recebido o aceite do devedor (LD, art. 15, I), caso em que bastará a sua exibição para aparelhar o processo de execução.

Mesmo na falta do aceite expresso, porém, é possível o ajuizamento da execução,

²⁴ Na precisa definição de Rubens Requião, “a duplicata é um título de crédito formal, circulante por meio de endosso, constituindo um saque fundado sobre crédito proveniente de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços, assimilado aos títulos cambiários por força de lei” (*Curso de direito comercial*, vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 444).

²⁵ É importante salientar que, conquanto o art. 23 da LD apenas preveja a extração da triplicata nos casos de perda ou extravio da duplicata, a jurisprudência tem interpretado extensivamente o dispositivo, de modo a também admitir o saque da triplicata “em razão da não devolução das duplicatas originalmente enviadas ao devedor” (STJ, REsp 1307016/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 09/03/2015). Também nesse sentido, em sede doutrinária: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 528.

²⁶ Sobre a última observação, Fran Martins esclarece que, a afirmação do art. 2º de que a duplicata é extraída *para circulação* “deve ser entendida em termos, pois, na realidade, pode a duplicata ser emitida sem que se destine à circulação, ou seja, sem que seja necessariamente transferida para terceiro ou descontada em estabelecimento bancário. Em tal caso, servirá a duplicata como garantia do vendedor pela importância faturada ao comprador” (*Títulos de crédito*, vol. II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 156).

²⁷ Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso...*, vol. 1, p. 522.

²⁸ Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso...*, vol. 1, p. 525.

desde que estejam reunidas, cumulativamente, as condições previstas no art. 15, II, da LD, ou seja, contanto que a duplicata ou a triplicata tenha sido *protestada*, esteja acompanhada de *prova da entrega e recebimento da mercadoria*, e, ainda, que *não tenha havido a recusa do aceite* no prazo, na forma e pelos motivos legalmente estabelecidos (LD, art. 7º e 8º).

No caso de retenção da duplicata ou da triplicata pelo devedor, admite-se, ainda, que seja feito o chamado *protesto por indicação*, na forma do art. 15, § 2º, caso em que a execução será aparelhada, apenas, com o instrumento do protesto e com o comprovante de entrega da mercadoria.

Nessas situações, malgrado não tenha sido o aceite realizado expressamente na forma do art. 7º da LD, a lei, “através de fórmula engenhosa, baseada em ficções”²⁹, considera-o *presumido*, na medida em que, tendo sido entregues as mercadorias, inexistente recusa formal por parte do comprador. Trata-se, como lembra autorizada doutrina, de prática que tende a se tornar cada vez mais relevante com a utilização de meios eletrônicos para fins de registro e administração do crédito, resultando na chamada *desmaterialização dos títulos de crédito*³⁰.

Em suma, a presença do aceite, seja ele ordinário ou presumido (LD, art. 15, I e II, respectivamente), é requisito indispensável para que a duplicata ou a triplicata possam ser consideradas título executivo.

Na falta dessa condição, por outro lado, cogita-se da utilização da ação monitória como forma de obter a tutela do crédito. E isso porque, considerando que a duplicata (e a respectiva triplicata) é emitida a partir da fatura (que, por sua vez, refere-se a uma compra e venda mercantil ou prestação de serviço), e, ainda, que deve conter, na forma do art. 2º, § 1º, a identificação das partes, do valor devido, do prazo para pagamento, dentre outros requisitos³¹, parece claro que se trata de documento capaz de retratar todos os elementos do crédito a ser recebido, e, sendo assim, que pode instruir a demanda monitória, como vem entendendo a jurisprudência do STJ.

Essa ideia, entretanto, precisa ser adequadamente compreendida a partir da noção, acima exposta, de que, para a admissibilidade da ação monitória, é necessário que o julgador esteja efetivamente convencido, ainda que mediante cognição sumária, da existência do crédito. Como se disse, a “prova escrita” necessária à ação monitória não é dotada de eficácia abstrata. É exatamente nesse contexto que deve ser compreendida

²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 187.

³⁰ Nesse sentido, ver, com grande proveito: COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso...*, vol. 1, p. 450-452; 526; 531-534.

³¹ Para uma análise detalhada dos elementos que deve conter a duplicata, conferir: MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*, vol. II, p. 158-161.

a tese objeto dos presentes comentários.

Como afirmado anteriormente, na medida em que descrevem todos os elementos de um determinado crédito, a duplicata ou a triplicata sem aceite são documentos que podem instruir a ação monitória. *Isso, porém, não significa, de modo algum, que podem elas por si só, e sem a presença de outros elementos, autorizar a expedição do mandado monitório*³².

Isso porque, não estando presente o aceite, a duplicata é documento formado *unilateralmente* pelo sacador, e que, portanto, na forma do art. 408 do CPC/15, apenas em relação a pode ser presumido verdadeiro. Por tal razão é que, embora a jurisprudência do STJ entenda ser admissível que a ação monitória seja instruída com documento unilateral³³, não parece que a duplicata ou a triplicata possam *isoladamente*, e sem qualquer indicativo de que a venda efetivamente ocorreu ou que o serviço foi prestado, subsidiar a expedição do mandado monitório.

É necessário, assim, que a duplicata sem aceite venha acompanhada de elementos aptos a demonstrar, ao menos em cognição sumária, que a operação comercial da qual decorreria o direito de crédito efetivamente tenha ocorrido, e, assim, que sejam capazes de traduzir a evidência do direito do autor de que fala o art. 701 do CPC/15.

Pode-se pensar, por exemplo, na existência de manifestação realizada pelo próprio réu e que, de algum modo, ateste o cumprimento do contrato por parte do autor. Nesse sentido, ao analisar comunicação pela qual a empresa sacada reteve duplicata sob a justificativa de que realizaria balanço da respectiva dívida com créditos a receber da sacadora, o STJ afirmou que, malgrado não possa ser considerada como aceite para fins cambiários, tal "declaração poderá servir como prova de existência de vínculo contratual subjacente ao título, amparando eventual ação monitória"³⁴.

Também se pode cogitar do ajuizamento de ação monitória com base em *duplicata recusada* pelo sacado, na forma dos arts. 7º e 8º da LD, bastando para tanto que, por meio de outros elementos, ainda que indiciários, o autor consiga demonstrar, em cognição sumária, a insubsistência do motivo da recusa. Nesse caso, além de estar devidamente individualizado o crédito, também haveria demonstração suficiente de seus fatos constitutivos e da pertinência de sua cobrança.

Não é essencial, ainda, que a convicção do cumprimento do contrato por parte do autor

³² De modo semelhante, tratando especificamente da duplicata sem aceite: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória...*, p. 209-210.

³³ AgRg no REsp 1278643/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.

³⁴ REsp 1202271/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 18/04/2017.

decorra de documento proveniente do próprio sacado. Nessa linha, a jurisprudência do STJ tem entendido que a prova escrita “não precisa, necessariamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante”³⁵. Nada impede, portanto, que, por meio de elementos indiciários, ou de um conjunto de documentos produzidos pelo próprio credor, possa o juiz ser convencido da probabilidade do direito de crédito.

O que importa compreender, portanto, é que a duplicata sem aceite não pode ser encarada como documento que autorize *automaticamente* a expedição do mandado monitório. O fundamental, como dito, é que o conjunto dos elementos trazidos na inicial seja capaz de demonstrar a probabilidade da existência do crédito.

Nesse contexto, a análise de julgados em que o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a duplicata ou a triplicata seriam documento idôneo para a propositura de ação monitória, demonstra que, ao menos em alguns deles, havia outros elementos, além do título, capazes de levar à evidência do direito do autor.

Assim, por exemplo, no julgamento do AgRg no Ag 1267208/SP, a Quarta Turma do STJ manteve acórdão estadual que entendera pela adequação do procedimento monitório em relação a triplicatas que estavam acompanhadas do comprovante de entrega das mercadorias, afastando, porém, a cobrança daquelas quanto às quais inexistia o documento³⁶.

Na mesma linha, ao julgar o REsp 925.584/SE, a Terceira Turma do STJ confirmou acórdão que havia entendido pela admissibilidade da ação monitória instruída com duplicatas acompanhadas de planilhas orçamentárias e documentos, remetidos ao devedor, com descrição detalhada dos serviços que teriam sido prestados.

Também no mesmo sentido, ao julgar monocraticamente o AREsp 228275/TO o Ministro João Otávio de Noronha manteve acórdão do TJ-TO que decidira pela admissibilidade da ação monitória proposta com base em duplicata sem aceite, mas acompanhada de documento assinado por preposto da empresa requerida, que atestava prestação do serviço.

Com maiores ressalvas, porém, deve ser recebida a decisão monocrática pela qual foi dado provimento ao REsp 985148/PR, para reformar acórdão estadual que entendera não ser admissível ação monitória com base em duplicata acompanhada de nota fiscal para entrega futura, sem aceite e sem comprovante de entrega. Muito embora não seja

³⁵ AgRg no AREsp 289.660/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 19/06/2013.

³⁶ A ressalva que, nesse caso, pode ser feita, se refere ao fato de que apenas quando do julgamento dos embargos é que foram rejeitadas as triplicatas sem o comprovante de entrega, quando, na verdade, não deveria, em relação a elas, ter sido deferida a expedição do mandado.

possível saber exatamente as características dos documentos que instruíam a petição inicial – e, por isso, não se pode afirmar ser equivocada a *conclusão* a que chegou o STJ -, o fato é que, como *fundamento* de sua decisão, a relatora afirmou, apenas, que o TJ-PR, "ao decidir que a duplicata sem aceite não é documento hábil à instrução do procedimento monitorio, contrariou o entendimento do STJ no sentido de que mesmo se a duplicata encontra-se sem aceite, é ela documento hábil à instrução do procedimento monitorio". Tem-se, com isso, a impressão de que bastaria a presença da duplicata para, sem qualquer outra consideração, tornar adequado o processo monitorio.

Em resumo, é necessário compreender que, para fins de instruir a ação monitoria, a duplicata e a triplicata sem aceite devem ser tratadas como qualquer outra fonte de prova, tendo, portanto, a função de demonstrar sumariamente a evidência do direito do de crédito, cabendo ao juiz formar sua convicção a partir da análise racional e fundamentada do conjunto dos elementos trazidos pelo autor.

5. Conclusão

Como procuramos demonstrar nestas breves linhas, é necessário certo cuidado na aplicação da tese, corriqueira na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a duplicata ou a triplicata sem aceite poderiam servir de "prova escrita" hábil a instruir a ação monitoria.

Afinal, trata-se, como se viu, de documento produzido unilateralmente pelo sacador e que, portanto, apenas em relação a ele pode ser presumido verdadeiro. É necessário, diante disso, que a duplicata sem aceite venha acompanhada de elementos aptos a demonstrar, mesmo que sumariamente, que a operação comercial da qual decorreria o direito de crédito efetivamente tenha ocorrido.

6. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. II. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, vol. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros,

2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização". In: *Revista de processo*, n. 121. São Paulo: RT, 2005

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. 2ª ed. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Processo de execução*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*, vol. II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PISANI, Andrea Proto. "La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano". In: *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: RT, 1998.

_____. "Necessità di sciogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata". In: *Revista de processo*, n. 240. São Paulo: RT, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução*. São Paulo: RT, 2017.

TALAMINI, Eduardo. "Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo civil brasileiro". In: *Revista de processo*, n. 209. São Paulo: RT, 2009. p. 23-24

_____. *Tutela monitoria: a "ação monitoria" – Lei 9.079/95*. São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Consequências metodológicas da mudança paradigmática do Direito: o lógico, o racional e o razoável na fundamentação dos princípios

Júlio César Pompeu

Doutor em Psicologia pela UFES. Mestre em Direito pela PUC-Rio. Professor do Departamento de Direito da UFES.

Introdução

Um problema recorrente na história do pensamento jurídico é a da legitimação ou fundamentação das decisões jurídicas. Esta recorrência aponta para uma origem mais profunda do problema, no caso, da própria fundamentação do Direito. Ao contrário do que se dá com as ciências naturais, cujos objetos de estudo são uma obviedade, o direito é um objeto problemático porque é uma idéia, uma proposta de vida comum criada através de intrincadas e sutis relações sociais que resultam na consagração de alguns valores como dignos de pautarem a distribuição de prêmios e castigos entre os membros do grupo.

Apesar de ser apenas uma idéia, o Direito de que nos fala a Teoria do Direito é apresentado como um objeto tão material quanto um caranguejo, por exemplo. Esta dissonância entre o Direito como um discurso (apresentado como um objeto) e o Direito como um fenômeno social (idéia) só pode ser explicado pelo nosso desejo de que as normas jurídicas não sejam questionadas, que sejam obedecidas com a mesma fatalidade com que nos entregamos todos às leis da física. Entre o desejo de legitimidade normativa e o caos fenomênico que constrói o Direito, corremos o risco de ou nos alienarmos do caráter sociológico do Direito e nos entregarmos a um dogmatismo cego ou de, optando pela perspectiva oposta, mergulharmos no caos dos fenômenos sociais ao ponto de tornar impossível a imposição de qualquer norma. Ambas as posturas extremas parecem claramente contraproducentes para que o Direito possa ser aplicado com justiça.

O que proponho neste trabalho é a retomada do problema da fundamentação das normas jurídicas deixando claro os riscos dos extremismos que representam o dogmatismo e uma flexibilização do Direito que comprometa sua normatividade. Acredito que este meio-termo possa ser encontrado a partir de uma consideração do Direito como um fenômeno onde sua normatividade é concebida como efeito do meio social e institucional dos juristas e não da descoberta de um saber metafísico ou de um

pacto social. São os juristas e suas instituições e discursos que, materialmente, fundamentam o direito. Para defender tal ponto de vista, tomarei como eixo desta tese o caso dos princípios. Espécie de norma jurídica, os princípios ocuparam o papel central na metodologia jurídica ao longo dos últimos anos e suscitaram uma série de críticas tanto por sua carência de objetividade quanto por sua difícil fundamentação nos casos concretos.

A apresentação desta perspectiva levará em conta uma certa história das idéias, posto que o Direito não é uma coisa material, mas uma idéia, uma invenção social. A forma como tal idéia é formulada e, em especial, sua vinculação à outra idéia: o Estado, são o ponto de partida desta abordagem. Considero fundamental tal relação sob o prisma das idéias que fundamentam tanto o Direito quanto o Estado pelo fato destes dois conceitos terem sido em muito aproximados em função do predomínio, do final do século XIX até nossos dias, de uma visão positivista do Direito.

Há nesta abordagem um conceito central: o paradigma. Utilizo tal conceito para dar nome ao conjunto de critérios ideais socialmente construídos de atribuição de sentido e valor às coisas do mundo. Tal conceito justifica-se em virtude de uma visão materialista do Direito, ou seja, parto do pressuposto de que as normas jurídicas, assim como qualquer objeto criado ou contemplado pelo homem, não possui nem sentido em valor em si mesmo. Mas, ao mesmo tempo, é característica humana a percepção de todas as coisas a partir de um sentido e valor. Compreender o mundo é atribuir-lhe sentido e valor. Um mundo sem sentido e valor é uma angústia insuportável para o homem. Se o sentido e valor não estão nas coisas contempladas, estão aonde? Nos olhos de quem vê. No contemplador e não no objeto contemplado. O sentido e valor são atribuídos por uma série de condições sociais de possibilidade, por um conjunto de idéias construídas e reafirmadas socialmente, em constante mutação: os paradigmas.

Procura-se, desta forma, procurar compreender o Direito como um fenômeno social dinâmico cujo fundamento encontra-se não em suas normas, mas em seus paradigmas. Isso implica no fato de que o estudo dos princípios não se resume à compreensão de seu conceito ou conteúdo. O conhecimento do conteúdo de uma norma jurídica não garante ao intérprete a certeza quanto às suas diversas relações possíveis com os casos concretos. Ao contrário, a compreensão do processo social de atribuição de sentido e valor ou mesmo a compreensão dos valores de seu próprio tempo, consciente de suas causas e efeitos, é que pode levar o intérprete a um novo patamar de certeza e operacionalidade em relação ao Direito.

Ao final, é abordada uma questão propriamente metodológica: a da mudança estrutural do discurso jurídico, em função de uma mudança estrutural das ciências sociais como um todo, da mudança de seus paradigmas, de suas condições de

produção de conhecimento. Tal consideração procura aproximar o tema dos princípios da questão da lógica, do racional e do razoável. Ressalvo que tais temas serão novamente abordados no capítulo referente à interpretação das normas penais.

Da impossibilidade de fundamentar os princípios jurídicos a partir do paradigma moderno do Direito.

O problema dos princípios e sua fundamentação é essencialmente um problema do positivismo jurídico. A primeira metade do século XX foi marcada pela predominância da idéia de que o Direito resumia-se às normas jurídicas, mais precisamente às normas postas pelo Estado ou, num conceito, no direito positivo em seus dois aspectos: o da escola da exegese¹ e a escola funcional ou sociológica².

Quando os limites do jurídico coincidem com os limites do legal, todos os problemas de fundamentação de determinada norma jurídica se resume à legitimidade do órgão ou ente público criador daquela norma, ou seja, se é considerado como Direito tudo o que for publicado no diário Oficial como norma jurídica, obedecendo a uma série de rituais legislativos denominados processo legislativo, então ela será tão válida quanto legítimo for o órgão que a criou. A partir daí, o trabalho do jurista consistia apenas em encontrar o sentido de tais normas ou numa suposta vontade do legislador ou numa suposta vontade da norma.

Nessas hipótese, não há qualquer discussão sobre a validade ou não de determinada norma em razão de seu conteúdo ou suas conseqüências, tais ponderações, eram tidas como que de natureza política, um problema essencialmente do legislador, não do jurista, este apenas a cumprirá, no máximo verificará o devido processo legislativo para conferir-lhe obediência.

Pode-se comparar tal idéia de Direito ao conjunto de ordens dadas numa unidade militar: a ordem dada por um coronel vale mais do que a ordem dada por um sargento, tal validade da ordem não depende de seu conteúdo, mas da posição hierárquica da fonte material da ordem (origem da ordem), em caso de conflito, será "mais válida" a ordem dada pelo coronel. Concluindo, o problema da validade de uma norma segundo o positivismo é um problema de legitimidade da fonte material desta norma, no caso, o Estado.

¹ Para a escola da exegese, o sentido das normas jurídicas poderia ser extraída a partir de uma postura analítica em relação ao ordenamento jurídico como um todo e por processos lógico-dedutivos entre as normas de tal sistema.

² Segundo o funcionalismo ou sociologismo jurídico o fundamento das normas seria a vontade do legislador.

A inquestionabilidade sobre a validade de uma norma em função de seu conteúdo implica, portanto, a inquestionabilidade sobre a fonte material da norma, que tornou-se possível graças a um processo de moralização do Estado frente ao súdito. A moralização do estado legislador³ permite uma sutil anulação do indivíduo na medida em que o anula como um ser capaz de exercício de sua liberdade a partir de um imperativo moral oponível ao estado, ou seja, não há espaço nas relações de direito público⁴ para uma ação afirmativa do indivíduo a partir de imperativos morais contra a lei, lhe cabe apenas a obediência.

Anular o indivíduo como sujeito (ativo) da política e torná-lo súdito (passivo) da lei como expressão do poder do Estado foi fundamental para afastar uma segunda fonte material do Direito, a idéia de um direito natural, que independesse das formulações estatais, que teria como foco de emanção o próprio povo, ou como o formulara Aristóteles:

“Entendamos por cometer injustiça causar dano voluntariamente em violação da lei. Ora a lei ou é particular ou comum. Chamo particular a lei escrita pela qual se rege cada cidade ; e comuns às leis não escritas sobre as quais parece haver um acordo unânime entre todos.”⁵

Afirmar o direito positivo era afirmar a lei como expressão do Estado e afirmar, portanto, a própria força do Estado, sua soberania, mas para isso seria preciso afastar outras fontes do Direito, afastar a idéia de que poderia haver um Direito oponível ao próprio Estado, tendo como seu porta-voz o povo.

Afastado o direito natural ou, numa expressão aristotélica, o Direito comum, resta um único Direito, o positivo, e uma única atitude diante do mesmo, a

³ Tais fundamentos do processo de moralização do Estado, apesar de construído a partir do século XVII e possuir sua forma mais bem acabada no século XIX, ainda se mantém, bem ou mal, intacta nos livros de introdução ao Estudo do Direito até hoje

⁴ Ao me referir ao Direito Público, o faço no sentido de associar tal expressão a tipos específicos de relações e não aos chamados ramos do Direito, como tradicionalmente tal expressão é relacionada. Acredito que existam não propriamente um direito público e um direito privado, mas sim relações de direito público e relações de direito privado, um conceito dinâmico de relações e não estático e pré determinado como ocorre ao associar tal expressão a determinado conjunto de normas, códigos e doutrinas.

⁵ ARISTÓTELES. Retórica. Tradução de Manuel Alexandre Jr., Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998. pág 80 da citada edição. I, 1368, b, 5-9

obediência. Daí uma leitura do Direito que permite aos seus operadores apenas um julgar de adequação de condutas dos indivíduos à lei estatal, ou seja, há a obediência ou a desobediência à lei, mas não um juízo quanto à adequação da lei em si, quanto à sua validade num sentido moral. Uma atitude acrítica dos julgadores em relação à lei, portanto.

Formamos operadores do Direito que julgam conforme a lei, não lhes cabendo julgar a lei. Se lei e fatos sociais não coincidem, se lei e indivíduos socialmente consideráveis não coincidem, pior para os fatos, pior para os indivíduos. A afirmação da normatividade dos princípios pressuporá um enfraquecimento do direito positivo, uma reformulação de seus fundamentos em função não da negação da lei como fonte do Direito, mas do Estado como tendo o monopólio da produção do Direito.

A chamada crise do Direito, iniciada após o fim da segunda guerra e vivenciada por nós até hoje, que permitiu o surgimento de toda uma gama de princípios a orientar a aplicação e fundamentação do Direito foi, antes de tudo, o resultado de um resgate do *direito comum* aristotélico possível em função do enfraquecimento moral do Estado, do fim de seu monopólio do Direito, do enfraquecimento de sua soberania interna, da transformação de súditos em povo.

Mas voltemos à análise dos fundamentos do positivismo jurídico a partir da soberania estatal, pois a fundamentação normativa dos princípios, pressupõe uma oposição a tal estrutura que se mostra, sob vários aspectos, dominante no senso comum dos juristas até hoje.

Nosso discurso jurídico ainda está estruturado sob as premissas de um discurso de poder ligado à idéia de centro emanador de poderes, notadamente num discurso filosófico-jurídico baseado na idéia de soberania a qual Foucault, em sua aula no Colège de France de 21 de janeiro de 1976, classificava, em primeiro lugar, como um discurso que vai do sujeito ao sujeito. Que anuncia, num primeiro passo, um sujeito entendido como um "*indivíduo dotado por natureza de direitos e capacidades*"⁶ e que deverá por fim subjugar-se dentro de uma relação de poder, trata-se, portanto, de um ciclo que vai do sujeito ao sujeito, de uma afirmação de subjetividade como premissa de um sistema de anulação da subjetividade individual.

Foucault aponta o fato da teoria da soberania basear-se na idéia de que sua origem dever-se a uma interação de poderes, que não são poderes a rigor do termo e sim possibilidades ou potências de indivíduos, de forças com capacidade interagente num dado sistema e que podem, num dado momento, interagir ou tornar-se poder no sentido propriamente político do termo. Desta multiplicidade de potências, a teoria da soberania extrai uma unidade de poder, entendido como um determinado quadro

⁶ FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société*. Paris: Éditions du Seuil, 1997. (página 51).

de tensão entre potências destacado no tempo como forma única, ou um certo quadro político congelado no tempo, entendido este, a partir de então, como o tempo da fundação da estrutura de poder. A esta unidade de poder a teoria da soberania emprestou os mais diversos nomes: Monarca, Estado, Governo, etc. pouco importando seu nome, esta unidade é premissa fundamental de funcionamento da teoria da soberania, ou, nas palavras de Foucault:

*"A multiplicidade dos poderes, entendidos como poderes políticos, pode ser estabelecida e pode funcionar, somente a partir desta unidade estabelecida e fundada pela teoria da soberania."*⁷

Por fim, a teoria da soberania procura mostrar como o poder pode ser exercido não tanto a partir das leis, mas de uma legitimidade fundamental que funciona como pressuposto de validade para todas as demais leis. Foucault não o faz, porém é quase inevitável a comparação com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, onde as normas estão hierarquizadas e o pressuposto de validade de uma norma é outra norma que lhe é superior e tal hierarquização terminaria somente no topo do ordenamento jurídico com a chamada norma ou lei fundamental, tal teoria vale não só como instrumental analítico do ordenamento jurídico tal qual se apresenta na doutrina, mas como exemplo perfeito da terceira característica atribuída por Foucault ao discurso filosófico-jurídico da soberania.

A teoria da soberania em resumo, baseia-se em três ciclos, um que vai do sujeito ao sujeito, outro que vai da multiplicidade à unicidade de poderes⁸ e outro que vai da pluralidade legal à legitimidade da lei. E é sobre estes pilares (sujeito, unicidade do poder e lei) que a teoria é construída e desenvolve-se ou que o discurso filosófico-jurídico estrutura-se e desenvolve-se como dispositivo de poder, alijando da esfera do Direito ou dessa interação política as reais formas de poder, o seu verdadeiro jogo.

A partir do momento em que cria seus cortes unificadores, de sujeitos, poderes, potências e legitimidades, exclui uma série de outros sujeitos, poderes, potências e legitimidades, e, o que é ainda pior, mascara para os operadores do Direito, neste momento intérpretes de uma relação política, a real interação das forças de uma concreta relação de poder, criando dois mundos, uma clivagem entre o

⁷ FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société*. Paris: Éditions du Seuil, 1997. pág. 52.

⁸ Ou multiplicidade de poderes e potências como observado anteriormente.

mundo do discurso filosófico jurídico e o mundo das reais relações de poder, ou o mundo dos autos e o mundo da vida⁹.

O Direito ligado à idéia de legitimidade moderna necessariamente deságua num vazio de fundamentação, não muito diferente do vazio que significa a norma fundamental de Kelsen, uma abstração, onde encontramos “sujeitos” igualmente fictícios, uma vez que sua subjetividade serve tão somente para fundamentar a anulação de sua vontade como sujeito em favor de uma abstração. Daí a necessidade de desvincular o Direito da idéia de soberania moderna como pressuposto de um Direito concreto, cuja fundamentação, estudo e teorias que fundamentam sua aplicabilidade aproximem-se das concretas relações sociais.

Ao invés das premissas fundamentais ou “naturais” de um Direito originário, dado por um discurso filosófico-jurídico, o estudo concentra-se no interagir destas premissas, destes dispositivos de poder, em suas direções, intensidades, choques, nuances, trocas. Trata-se, portanto, do estudo de um movimento e não da busca de objetos ou valores perdidos nas garras da natureza ou em vontades metafísicas de duvidosa ontologia (como a vontade do legislador ou a vontade da norma), esperando para serem desvelados.

As questões do discurso do século XIX e seu anacronismo são evidentes e justificáveis por um raciocínio simples: o século XIX é marcado pela idéia de Estado como unidade. A concretização de tal ideal implica em unidade de língua, cultura, valores, identidades, enfim, negação de toda e qualquer alteridade social. Se esse foi o tom dos discursos do século XIX, hoje, tal negação da alteridade soa como opressão e autoritarismo. Como conseqüência, o Direito apresenta-se como mecanismo de respostas autoritárias por parte do Estado-governo às demandas sociais crescentes e cada vez mais explosivas de nossa sociedade de terceiro mundo. Na prática, isso significa políticas de encarceramento da miséria no lugar de qualquer outra prática positiva de distribuição de renda ou justiça social.

Entre os indivíduos fundadores da soberania e os indivíduos súditos da soberania há um “vácuo” sem coletividades, sem comunidades, sem sociedade, algo não pensável pelas matrizes do discurso jurídico. Isso é inegavelmente angustiante para qualquer um que se lance ao estudo ou à prática do Direito, um trabalho de sísifo no qual um discurso moderno¹⁰ do Direito, cada vez mais intensificado, não consegue mostrar-se capaz de construir as belezas prometidas pela mesma modernidade que o inspira.

⁹ A frase é referência a expressão cediça nos corredores da justiça: “o que não está nos autos não está no mundo” utilizada para uma clivagem epistêmica sobre o que poderá constituir-se validamente como argumento em uma demanda e o que será previamente desconsiderado como tal.

¹⁰ Contratualista e iluminista.

Afirmamos a lei como paz social e quanto mais a aplicamos, mais a dita paz social parece nos escapar por entre os dedos. Quanto mais punimos e asseveramos as penas, mais os crimes são cometidos e com cada vez menos receio de qualquer punição, etc.. Como bem observou Jonatham Friedman¹¹, fomos lançados num mundo ainda inexplorado de modernidade sem modernismo, ou seja, num mundo de estruturas e paixões tipicamente modernas, porém sem certeza alguma quanto a qualquer ideal a ser construído.

Não devemos mais pensar o Direito sem a construção de uma clara idéia de sociedade, indivíduo e estado, não mais nas acepções modernas de soberania, mas de acordo com as atuais demandas de um mundo capitalista globalizado onde as noções de território e comunidade parecem desfazer-se ao vento - como afirmara Marx e Engels o capitalismo tem o poder de acabar com qualquer solidez – pois precisamos de um Direito que possa cumprir a sua missão de garantidor da segurança social com apelo não à mera imposição de ordem (qualquer ordem), mas pela composição de conflitos socialmente eficaz e justa.

O enfraquecimento do paradigma moderno centrado na idéia de soberania como condição de fundamentação dos princípios.

O que permitiu a ruptura com o modelo da soberania foi o trauma do nazismo e do stalinismo. O Estado soberano do século XIX teve seu auge, no sentido do controle da população, de sua totalização, do controle dos meios de comunicação e uso ilimitado da violência contra seu próprio povo com o nazi-fascismo e o socialismo stalinista da primeira metade do século XX.

Após os horrores revelados após o fim da segunda guerra como os campos de concentração e o extermínio em escala industrial de judeus, curdos, ciganos, negros, testemunhas de Jeová, homossexuais, deficientes físicos e opositores ao regime, além do saldo de cerca de 50.000.000 de mortos deixado pela segunda guerra, dificilmente pode manter-se a aura de moralidade e de inquestionabilidade que pairava sobre o Estado moderno. Estes males do século XX foram casados pelo Estado e este, a partir de agora, merecerá olhares atentos e desconfiados.

Ao fim da segunda grande guerra, instaurou-se em Nuremberg um tribunal especial com o fim de julgar os dirigentes da Alemanha nazista por crimes cometidos durante a guerra. Uma primeira e óbvia alegação de defesa seria a soberania do estado alemão, ou seja, as atrocidades cometidas durante a guerra não poderiam ser impostas aos réus de Nuremberg pelo fato de que tais normas foram fruto de um

¹¹ FRIEDMAN, Jonatham. *apud* BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade, a busca por segurança no mundo atual*. São Paulo: Jorge Zahar. 2003.

estado soberano, ao cumpri-las, cumpriam o seu dever de súdito para com um Estado soberano. A condenação, portanto, deveria basear-se em normas oponíveis ao Direito da Alemanha soberana, oponíveis ao direito positivo vigente à época dos fatos em julgamento. Tal Direito foi encontrado na idéia de princípios gerais do Direito oponíveis ao Estado soberano, princípios estes identificados com a “pessoa humana”, com sua dignidade, revertendo, desta forma, a anulação dos indivíduos frente ao Estado contida nos fundamentos da soberania desenvolvida no século XIX. Nas palavras de Perelman:

“A idéia que dominou o processo de Nuremberg foi a de que os crimes abomináveis cometidos pelos dirigentes da Alemanha de Hitler não podiam escapar à justiça, mesmo na ausência de disposições legais expressas, a menos que fossem consideradas tais regras do direito internacional público. Era necessário, portanto, para respeitar o princípio do nullum crimen sine lege, não há crime sem lei prévia que o defina, afirmar a existência de um princípio geral reconhecido pelas nações civilizadas, concernente ao respeito da dignidade da pessoa humana.”¹²

Esta afirmação de princípios oponíveis ao próprio Estado soberano não pode ser interpretada como um retorno ao jusnaturalismo, pelo fato de que o jusnaturalismo, fundamentalmente, baseia-se na idéia da existência de um Direito que independa do próprio homem, que não foi por ele criado e ante o qual só caberia a descoberta, compreensão e obediência.

Tal Direito teria seu lugar de existência a natureza, entendida essa como deuses, para gregos e romanos antigos, Deus, para o medievo cristão ocidental; e razão para os jusnaturalistas modernos dos séculos XVII e XVIII. Independentemente do nome que lhe seja dada, tal natureza apresenta-se como algo metafísico, algo além do mundo físico. Fundamentar qualquer idéia jusnaturalista, portanto, necessita fundamentar uma metafísica, o que representa uma verdadeira impossibilidade para o pensamento dito pós-moderno.¹³

¹² PERELMAN, Chaim. *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*. 2ª ed. Paris: Ed. Dalloz, 1979. pág. 75.

¹³ Segundo Vattimo (VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade – Nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.) a pós-modernidade poder ser definida como a ruptura para

Fundamentar um jusnaturalismo implicaria fundamentar valores absolutos no tempo e no espaço, ou seja, fundamentar que tais normas apontadas como direito natural têm validade em qualquer lugar, assim como sempre teve e sempre terá. Nada mais estranho a um mundo como o nosso em que todas as coisas parecem mudar a todo instante.¹⁴. Enfim, os princípios do Direito de uma forma geral, não se confundem com o direito natural por não possuírem os mesmos critérios de fundamentação. Mas se não é um retorno a um jusnaturalismo, o que pode ser essa profusão de princípios que hoje contemplamos? Volto a Perelman:

“Tratar-se-ia de uma volta do direito natural clássico? Eu diria que é uma volta à concepção de Aristóteles que, ao lado das leis especiais, escritas, afirma a existência de um direito geral...”¹⁵

Da mesma forma, não creio se tratar de um retorno ao historicismo jurídico, também pelos mesmos motivos: os fundamentos. O historicismo jurídico, de inspiração hegeliana, pressupõe a existência de um sentido metafísico para o direito, um ideal, no caso, a orientar e dar sentido às transformações das sociedades, ideal esse que se manifesta racionalmente no espírito de um povo, de acordo com o nível de seu desenvolvimento histórico, nível este, por sua vez, determinado pelo ideal racional. Tal hipótese de fundamentação hoje seria facilmente taxada de uma impostura, uma imposição de valores, algo que tolhe a liberdade de autodeterminação de um povo.

A fundamentação dos princípios jurídicos a partir da característica de transcendentalidade do Direito.

Se não é um retorno ao jusnaturalismo, tampouco um retorno ao historicismo jurídico, de onde vem os fundamentos e a normatividade dos princípios jurídicos? Numa expressão: de uma necessidade lógica.

Todo ato de julgar pressupõe uma escala de valores pré-existente, seja lá que juízo for. Por exemplo, um juízo estético: apontar se determinada mulher é bela ou feia depende não só de suas formas, mas da existência prévia de uma escala de

com a idéia de que haja alguma força metafísica como a razão, a história (no sentido hegeliano) ou qualquer outro sentido pré-determinado em alguma natureza.

¹⁴ Vide, por exemplo, a moda, os costumes, as artes, todos sempre em busca do eterno novo.

¹⁵ PERELMAN, Chaim. *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*. 2ª ed. Paris: Ed. Dalloz, 1979. pág. 75.

valores que vai do belo ao feio, sem um pré-juízo estético, não há a possibilidade qualquer outro juízo estético. O mesmo se dá com o Direito, toda norma jurídica só possui validade na medida em que exista alguma instância que o fundamente. Como diz Ewald:

“É um fato: não há direito sem um direito do direito. Não há direito positivo, não há ordem ou sistemas jurídicos positivos sem uma instância de reflexão do direito sobre si mesmo.”¹⁶.

Este é o caráter transcendental do direito que Kelsen já exprimira ao afirmar que uma norma só é jurídica na condição de proceder de outra norma também jurídica¹⁷. O mesmo Ewald refere-se a este direito do direito como uma *regra de juízo*, não no sentido de uma *“regra enunciada por uma instância, mas sim aquilo que regula o juízo de todas as instâncias; não é, pois, algo que se aplique, mas aquilo mediante o qual se julga.”*¹⁸.

Em momentos diferentes da história do direito, tal regra de juízo recebeu diversas fundamentações e nomes tais como direito natural e historicismo. O positivismo mesmo construiu-se a partir da existência de uma regra de juízo baseada no conceito de soberania e suas conseqüências como a anulação dos indivíduos frente ao Estado e uma postura acrítica dos operadores do Direito.

De qualquer forma, o que nos parece evidente é que o caráter transcendente do direito ou reflexivo implica na existência necessária de uma certa economia do juízo, de um critério que permita não só fundamentar a aplicação das normas jurídicas, mas relacioná-las entre si e dar ao direito uma idéia de unidade ou sistema, um sentido lógico. Tal função é exercida pelos princípios, de uma forma geral. Dito de outra forma, os princípios são a regra de juízo do direito, o que lhe dá sentido, uma conseqüência do paradigma do direito, uma idéia necessária à própria normatividade da norma jurídica, o que lhe dá, de forma mais direta, sentido e valor.

A crise paradigmática que o direito enfrenta em função do trauma do holocausto e dos demais horrores da segunda guerra implicou não no fim do caráter transcendental do direito, nem no fim de sua regra de juízo, mas em sua

¹⁶ EWALD, François. *O direito do direito in Foucault a norma e o direito*. Lisboa: Ed Vega, 1993, pág. 209.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 199. pág. 215 e ss.

¹⁸ EWALD, François. *O direito do direito in Foucault a norma e o direito*. Lisboa: Ed Vega, 1993, pág. 211 e 212.

transformação, na medida em que, agora, é expressa como princípio jurídico, sendo que a explicação de tal processo de afirmação dos princípios não é propriamente filosófica, mas histórica.

A existência de uma regra de juízo é um imperativo lógico do exercício de qualquer juízo, dar a essa regra de juízo o formato e sentido do que hoje chamamos de princípios é uma circunstância histórica. Circunstância essa que se caracteriza pelo desmonte dos fundamentos da idéia de soberania: sujeito (entendido como súdito), unicidade do poder e lei. Ao sujeito entendido como súdito, a cultura contemporânea tem, cada vez mais, fortalecido a idéia da oposição do homem ao estado ou, mais precisamente, da idéia de que o estado encontra um limite de suas ações em relação ao homem, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Idéia fundamental em Nuremberg e que tem sido cada vez mais fortalecida no âmbito do direito internacional público e no direito público interno de países como o Brasil.

Quanto à unidade do poder, essa vem sendo abandonada em favor de uma idéia de que o poder estatal não se concentra numa figura central, no soberano, mas que é exercido por meio de uma rede que envolve uma multiplicidade de setores e agentes tal qual o Legislativo, agentes políticos diversos, imprensa, organizações não governamentais, sindicatos, Ministério Público sendo que tal conceito de poder, algo a ser analisado e compreendido de forma difusa, implica na ilegitimidade de qualquer ato de cerceamento de uma dessas capilaridades da teia de poder, de quaisquer um desses pontos ou instâncias de exercício de poder.

Em relação à lei, esta já não mais é vista como algo inquestionável, como a palavra de um poder central, mas como um instrumento de decisões judiciais plenamente questionável diante de seus próprios princípios. Não mais a rigidez da ordem, mas a flexibilidade do referencial de decisão cujo sentido e valor podem ser otimizados a partir de princípios.

Tais mudanças não foram uma consequência da transformação do Estado em si mesmo, mas de toda uma condição cultural de atribuição de sentido e valor tanto ao Estado quanto a qualquer outra dimensão da vida pública. Uma mudança paradigmática daquilo que denominamos esfera pública de relações.

A esfera pública pode ser caracterizada como todo um conjunto de condições de possibilidades de atribuição coletiva de sentido e valor às coisas do mundo. Obviamente, uma condição para tal conceito é a crença de que coisa alguma, natural ou artificial, possui um sentido e um valor em si mesmo e que, portanto, todo e qualquer sentido e valor que vislumbramos nas coisas são uma atribuição, ou seja, o sentido e valor não está nas coisas contempladas mas nos olhos de quem contempla.

Por exemplo, vou ao museu e vejo um quadro, ao contempla-lo me perguntam o que achei dele e respondo que o achei triste. A tristeza que atribuo ao quadro não está no quadro, este é somente tela, tintas e moldura, nada mais, a tristeza só pode estar em mim mesmo. Dir-se-ia, então, que o quadro provoca em mim essa tristeza, e esse provocar só pode ser do quadro porque se espera que qualquer outra pessoa que o contemple sinta a mesma tristeza que sinto, e de fato isso ocorre com freqüência. Ou seja, o quadro é triste porque provoca de forma coletiva uma tristeza, como se algo triste do quadro passasse dele para o espectador, como se o contaminasse com tristeza.

O fundamento de tal afirmação é o fato de tal sentimento ser coletivo e não individual –Não apenas eu sinto-me triste diante do quadro, mas qualquer um – Porém, percebe-se que em épocas diversas, para coletividades diversas, um quadro que é considerado triste, passa a ser considerado coletivamente como “cult”, assim como o que era feio passa ser bonito e todas as midanças são coletivas, ou seja, não é que uma ou outra pessoa passa a achar determinado quadro triste ou alegre, mas que toda uma coletividade passa a valorar o quadro da mesma forma.

Veja como tal mudança de critério de atribuição de sentido e valor das coisas do mundo muda, independente dos objetos valorados na moda, por exemplo. Nos anos 70 a calça masculina boca de sino era “uma brasa!” hoje seria simplesmente ridícula, apesar de ser a mesma calça. A beleza ou “ridicuidade” de uma calça, assim como a tristeza ou alegria de um quadro, ou qualquer outro sentido e valor atribuído a qualquer outra coisa no mundo não está na coisa em si, mas nos olhos de quem contempla, olhos esses marcados por um critério social de tal atribuição de sentido e valor.

Tal critério social é o que chamo de **paradigma de atribuição de sentido e valor**, crises paradigmáticas são momentos em que tais critérios sociais estão em plena transformação. Que uns se enfraquecem dando lugar a novos critérios que, aos poucos, se fortalecem. Se tais paradigmas são sociais e não individuais, é necessário que exista uma série de condições sociais para que tal paradigma se veja transformado. O conjunto das condições sociais, o cenário social de tal transformação é o que chamo de **espaço público de relações**.

O espaço público não é um espaço físico, mas um espaço social, um campo social de interação intersubjetiva, um local de criação de valores, posto o fato de ser uma característica humana a atribuição de sentido e valor como fato inerente à percepção, ou, dito de outra forma, perceber é atribuir sentido e valor.

A idéia de soberania e suas características, cujo questionamento permitiu o advento dos princípios como manifestação do paradigma do direito, sofreu profunda transformação como consequência da transformação concomitante do espaço

público, relativa à mudança do modelo Liberal para o modelo social de Estado. Compreender as implicações do processo de transformação do Estado Liberal dos séculos XVII e XVIII em Estado Social ao longo dos séculos XIX e XX é essencial à compreensão dos paradigmas implicados na normatividade dos princípios jurídicos.

A transição do Estado Liberal ao Social: a construção de um novo paradigma do direito.

O estado moderno, desenvolvido a partir do paradigma hobbesiano, baseia-se em critérios de legitimação fundamentados no modelo da democracia representativa de conteúdo liberal. Em tal concepção, o homem ao abandonar o estado de natureza e, mediante um pacto de sociedade e um pacto de sujeição¹⁹, abre mão, voluntariamente, de sua própria liberdade natural em favor do Estado.

Tal passagem do Estado de natureza à sociedade civil²⁰ institui a idéia clara de duas esferas de relação, uma pública, caracterizada pela idéia de sociedade e Estado²¹ e outra privada, associada, na concepção liberal, ao espaço de deliberação independente da vontade de outrem. Essa concepção de liberdade privada é fundamental à lógica liberal na medida em que fundamenta a idéia de direito subjetivo²² como sendo o exercício de uma mera vontade ou faculdade de agir, fundamento, por sua vez, de todo Direito Privado.

Em termos de liberdade de ação, portanto, o direito subjetivo seria a instância, por excelência, de liberdade do homem, a liberdade de dispor, independentemente da vontade alheia, de seus bens materiais. Porém tal esfera privada, para que exista como instância de liberdade, necessita da existência do Estado, assumindo este o papel de garantidor da liberdade individual na esfera privada de relações. Dito de outra forma, a liberdade na esfera pública é concebida como proteção do indivíduo contra a vontade de outro indivíduo. A idéia de liberdade pública é, portanto, uma concepção negativa de liberdade, na medida em que esta é fruto de uma renúncia

¹⁹ Bobbio observa que comumente no pensamento moderno os dois pactos são confundidos num único evento, na forma do contrato social. Ver BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1996, pp 37 e ss.

²⁰ Privilegia-se para a análise da idéia de Estado moderno as concepções de Locke em função do paradigma liberal.

²¹ Cabe observar a indistinção no pensamento moderno entre sociedade e Estado na medida em que tanto os *pacta* de sujeição e de sociedade são confundidos na forma de uma única deliberação. De tal forma sociedade e estado não só passam a possuir uma origem comum como desfrutam de razões de ser comuns e, portanto, uma indistinção em termos operacionais.

²² Von Jhering, por exemplo concebia a idéia de direito subjetivo como uma extensão da personalidade, de tal forma que a disposição dos bens sobre os quais a personalidade se estendem, tal qual o próprio corpo, depende apenas da vontade do indivíduo.

voluntária da liberdade natural em prol do estabelecimento das condições necessárias para a existência da liberdade privada. Em resumo, a liberdade na esfera pública é a liberdade de ser súdito do Estado (garantidor das condições de liberdade privada), é a liberdade de obedecer²³.

Nesse contexto, portanto, impor liberdades privadas significa impor limites ao poder soberano do Estado - aliás, em tal raciocínio se estruturam as inalienáveis garantias individuais – No campo da afirmação política cidadã não há espaço para que o indivíduo demande ativamente junto ao Estado, sendo o dever deste, primordialmente, o de mantenedor da ordem necessária para o desenvolvimento da sociedade a partir das liberdades privadas instituídas.

Este modelo liberal começa a sofrer transformações com o advento do Estado Social, a partir do qual o Estado passa a ser concebido não mais, negativamente, como o mantenedor da ordem pública, mas, positivamente, como realizador de demandas políticas e sociais. Ao contrário do modelo liberal clássico, em que o desenvolvimento da sociedade é confiado ao espaço privado, na concepção social tal desenvolvimento é confiado ao dirigismo do Estado na ordem pública. E Estado Social pressupõe, assim, uma mudança quanto à visão do homem para o qual o Estado dirigirá suas forças, antes, no modelo liberal, um súdito, cuja obediência é requisito e corolário da manutenção da ordem, com o Estado Social, porém, torna-se cliente, alvo de políticas públicas e, portanto, ganha um papel mais ativo no cenário político. Uma evidente transformação de um dos pilares da idéia de soberania interna anteriormente citada: o sujeito entendido como súdito.

Se tal mudança paradigmática pode significar um ganho no sentido da afirmação de valores sociais, por outro lado, mudanças estruturais significativas ocorreram em função do papel ativo do Estado frente ao espaço público.

A primeira dessas mudanças ocorre em relação ao legislar no Estado, uma vez que o modelo da formulação de leis com conteúdo objetivo se mostra inadequado por não garantir ao Poder Executivo liberdade para o gerenciamento de questões circunstanciais. O Estado Social é essencialmente um Estado administrativo que possui como tarefa a gestão de conflitos ocorridos no tempo presente, com

²³ A esse respeito, observa Michel Foucault que o discurso da legitimidade moderna do Estado é um discurso que, partindo da idéia de um homem sujeito da ação política acaba por, paradoxalmente, transforma-lo em súdito do Estado: "Parece-me, de fato – resumindo tudo isso em algumas palavras, três palavras exatamente-, que a teoria da soberania tenta necessariamente construir o que eu chamaria de um ciclo, o ciclo do sujeito ao sujeito, mostrar como um sujeito – entendido como indivíduo dotado, naturalmente (ou por natureza), de direitos, de capacidades, etc. – pode e deve se tornar sujeito, mas entendido desta vez como elemento sujeitado numa relação de poder." (FOUCAULT, 2000, pág. 49. Corresponde à aula do dia 21 de janeiro do curso de 1976 do Collège de France).

circunstâncias e razões contingenciais, e não a concretização de um projeto pré-definido na forma da lei construída via democracia representativa.

“Tão logo, porém, a administração do Estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração.”²⁴.

Por questões epistemológicas e não ideológicas, portanto, o Estado se transforma, no sentido de valorizar a lógica da administração das contingências em detrimento do papel de concretizador de políticas ideais definidas por lei anteriormente feita pelo Legislativo. Abandona-se, portanto, a dimensão pretérita da constituição da política, tão presente na concepção moderno-liberal de Estado, e adota como dimensão da política o tempo presente. Fim da história política como evolução.

No entanto, o caráter contingencial das demandas do tempo presente remete a uma lógica **técnico-administrativa** de gestão do espaço público e não **político-ideológica**. A consequência visível de tal fenômeno é a despolitização das decisões executivas, ou seja, governar não é, propriamente uma questão de construir um ideal político-ideológico pré-concebido, mas provisionar, elaborar infra-estrutura, planejar, etc. No lugar da ideologia, a técnica como a nova arte da prudência. Saber prático voltado para um agir construído a partir das regras da experiência, da compreensão da besta indomável: o mercado. Não é à toa que os discursos eleitorais são marcados pela construção de um perfil tecnocrático do candidato e, contraditoriamente, associa à expressão “político” um caráter negativo, antidemocrático²⁵.

O Estado torna-se um prestador de serviços a um cidadão cliente, uma questão de administração e não de política. Tal transformação significa a ruptura de outro fundamento da idéia liberal de soberania interna, a unicidade do poder, sua concepção a partir de um centro. Ao assumir-se como administrador de demandas, é necessário que se reconheça tais demandas como provenientes de forças outras estranhas ao próprio Estado, como demandas de grupos sociais articulados. Mesmo

²⁴ HABERMAS, 1997, vol. II, pág. 174.

²⁵ A idéia de universalidade na gestão política é associada à imparcialidade de gestão, ou seja, bem governar é governar para todos e governar para todos é governar pensando apenas administrativamente. Ser político, ao contrário, é ser parcial, pensar interessadamente em um grupo específico em detrimento da maioria e ser, portanto, não-democrático.

no âmbito do próprio Estado, o poder passa ser concebido de forma difusa, descentralizando-se, retirando atribuições do soberano em favor da autonomização de outras instâncias estatais, como ocorre com a descentralização administrativa, a criação de autarquias e mesmo a autonomia dada ao Ministério Público na Constituição de 1988.

Mas o fim da história política como evolução não é o fim do futuro como critério de legitimação das ações de Estado, ele apenas deixa de ser a morada do SER, lugar da estabilidade e da permanência e passa ser o lugar da incerteza, da inconstância e do risco. Ele se transforma em critério legitimador de ações preventivas, não no sentido de uma prevenção de um perigo eventual, certo e imutável, mas de um perigo constante, incerto e mutável. Dito de outra forma, o Estado se despolitiza na medida em que a gestão pública deve lidar com uma dimensão temporal inapreensível e de demandas, portanto, incertas.

“A moderna prática de administração revela tal grau de complexidade, de dependência da situação e de incerteza, que ela não pode ser captada plenamente pelo pensamento, não podendo, pois, ser determinada de modo conclusivo.”²⁶.

Tal incerteza faz com que as leis passem a ser formuladas não como normas de conduta e organização que apontam ao Estado-administrador claros procedimentos a serem tomados, posto que o Estado deve estar sempre pronto a enfrentar perigos incertos e inconstantes, mas como normas de conteúdo abstrato, com ampla margem de subjetividade e indeterminação como forma de permitir o contingenciamento dos perigos por parte do administrador. Assim, aumentam as declarações de princípios, leis em branco, cláusulas gerais, normas enunciadoras de princípios, etc. no lugar de normas descritivas de condutas. Uma ruptura para com o terceiro fundamento liberal da soberania interna: a lei. Antes voz do poder central que espera do súdito a obediência, agora referencial de ação. Antes rígida como a ordem, agora flexível como um conselho ou um modelo.

Nesse contexto, o espaço das decisões políticas desloca-se da produção da lei (formulada sem objetividade) para o momento de sua concretização pelo administrador ou juiz. As conseqüências são claras para a separação de poderes. Um desequilíbrio no sistema de freios e contra-pesos marcado pelo fortalecimento do

²⁶ GRIMM, D. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt, 1987 apud HABERMAS, 1997, vol. II, pág. 174.

poder executivo (visando o atendimento das funções do estado social), igual fortalecimento do Judiciário (provocado por uma inevitável politização do judiciário na medida em que ao interpretar a norma o juiz lhe realiza conteúdo político) em detrimento do poder legislativo.²⁷

O espaço público político, portanto, no Estado contemporâneo é marcado por uma despolitização do cidadão que ao demandar em face do Estado o faz como cliente e não como um sujeito ativo do processo político. Ao mesmo tempo, a instância tradicional de manifestação e determinação político-democrática (o Legislativo), encontra-se esvaziado em relação aos demais poderes. Tal contexto significa o esvaziamento do canal tradicional de representação política surgindo, em contrapartida, o Judiciário como instância de realização de normas de conteúdo flexível assumindo inequívoca função política típica de Poder Legislativo.

Há, portanto, um deslocamento do espaço de realização de demandas sociais do Legislativo para o Judiciário, que peca, muitas vezes, pela falta de democratização no acesso à jurisdição e pelo formalismo. Evidentemente que este novo judiciário passa a ser a instância de realização por excelência dos fundamentos do Direito, de sua regra de juízo, de seus paradigmas, tidos e fundamentados agora como princípios.

Se, como vimos, o caráter de transcendentalidade do Direito implica na necessidade de atribuir validade a uma norma a partir de seus fundamentos paradigmáticos, o Judiciário assumirá a função de organizador desse novo direito redigido com normas mais flexíveis, subjetivas, terá como nunca o papel de organizador de seu próprio sistema.

Em termos metodológicos, os princípios implicam, também, uma mudança. A metodologia jurídica há muito se estruturava em torno da idéia de que interpretar era extrair do texto legal o seu sentido, arrancar das entranhas dos códigos um sentido sempre oculto. Um sentido e valor ocultos no texto legal. Já sabemos que os textos

²⁷ Isso não significa que o Legislativo deixa de ser um poder por excelência, que desapareça do sistema de separação de poderes, mas apenas que o deslocamento do eixo da decisão política para a administração coloca o legislativo, de certa forma, como subsidiário do poder executivo. No caso brasileiro esse quadro é agravado por dois fatores em especial: Nossa cultura autoritária que produz um modelo de Estado historicamente centrado no Executivo e a forma com que as medidas provisórias são utilizadas no sistema nacional. Fruto de sistema parlamentarista, no nosso presidencialismo as medidas provisórias permitem, na prática, que as funções legislativas sejam exercidas pelo Executivo, tanto no que diz respeito à iniciativa do processo legislativo (preferencialmente por via de medidas provisórias) quanto pela definição da pauta de discussões do Congresso Nacional, uma vez que medidas provisórias têm preferência na pauta de votações do Congresso. Acrescentando um dado curioso sobre medidas provisórias que revela a usurpação do poder Legislativo pelo Executivo, do mandato presidencial de José Sarney até o fim do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso foram editadas 2783 medidas provisórias.

legais não têm sentido e nem valor em si mesmos, são palavras apenas. Seu sentido e valor está no chamado intérprete da norma jurídica.

Levando-se em conta o caráter transcendental do direito e a idéia de que as normas possuam um sentido a ser extraído, tal extração fazer-se-ia levando-se em conta uma certa organização entre as normas do ordenamento, sua sistematicidade, de tal forma que o sentido e valor seriam tidos como uma conclusão ou inferência lógica da própria organização entre as normas, entre sua hierarquia e grau de abrangência. Ou seja, o sentido seria extraído a partir da consideração dos sentidos e valores atribuídos pelas normas superiores, numa relação lógica entre elas. Tal paradigma metodológico estruturado apenas na lógica formal pressupõe uma rigidez de sentido inadmissível diante da flexibilidade que o direito do Estado Social exige. Será necessário mudar o referencial metodológico do predomínio da lógica formal, para a admissão da lógica substantiva, ou, mais precisamente, do puramente racional ao razoável.

Conseqüências metodológicas da mudança paradigmática do direito: a lógica, a razão e o razoável na fundamentação dos princípios.

A metodologia jurídica, incorporados os princípios, transformou-se em função de seus novos paradigmas. O paradigma moderno que hierarquiza o saber e lhe dá a forma do racional como sendo verdadeiro, cede espaço para o razoável diante do novo homem. O fim da metafísica levou não só o Estado, mas as formas de produção do saber em si a se revolucionarem, a se transformarem em função do novo homem.

Numa concepção pré-moderna o conhecimento transcende de um plano metafísico para um plano físico da existência. É o que acontece, por exemplo, com o mundo das idéias e o mundo das coisas de Platão e suas releituras medievais. Tal mundo das idéias é um mundo de razão, de formas universais, universalmente encontráveis em todas as coisas do mundo físico, tais quais as formas geométricas puras com as quais Platão se encanta no *Timeu*²⁸.

A razão seria, portanto, um discurso ou uma forma de conhecimento do todo-e-qualquer, válido independente de um contexto ou situação de sua ocorrência, o que daria um grau de certeza ao conhecimento, que permitiria apontar o verdadeiro como sendo o discurso correspondente ao SER das coisas, ao imutável nas coisas do mundo.

²⁸ No *Timeu*, Platão parte da afirmação de Theaetetus de que podem existir apenas cinco sólidos regulares convexos e propõe estas formas como átomos para diferentes substâncias: o tetraedro de quatro faces para o fogo, o cubo de seis faces para a terra, o octaedro de oito faces para o ar, etc.

O esqueleto de tal razão, ou seu *órganon*²⁹, seria a lógica formal ou lógica matemática, que permite relacionar as coisas do mundo independente de uma circunstância específica, situacional. Sua fórmula seria o silogismo³⁰ no qual uma premissa maior e uma premissa menor relacionam-se de forma a necessariamente demandar uma conclusão certa e específica.

Por exemplo: Se todo carro azul é bonito (premissa maior) e meu carro é azul (premissa menor), logo posso concluir que meu carro é bonito (conclusão necessária). Perceba que no silogismo o raciocínio que une uma regra geral e um caso particular é um mero raciocínio de pertencimento, ou seja, se o carro é elemento do conjunto dos carros azuis e se, por sua vez, o conjunto dos carros azuis está contido no conjunto dos carros bonitos, então meu carro também está necessariamente contido no conjunto dos carros bonitos. Um silogismo pode ser correto ou incorreto, sendo correto quando a relação entre premissas e conclusões obedecer a sua lógica necessária, como no exemplo, e será incorreto quando, ao contrário, tal relação necessária não for obedecida. Exemplo: se todo carro azul é bonito e meu carro é azul, então eu sou um caranguejo! Note que o silogismo incorreto seria apenas um *non sense*.

A correta estrutura do silogismo, no entanto, não garante sua correção quanto àquilo que social e historicamente se convencionou chamar de verdade. No exemplo citado, a verdade da conclusão está diretamente relacionada à verdade das premissas, de tal forma que só será verdadeiro que meu carro é bonito se verdadeiramente todo carro azul for bonito assim como se verdadeiro for que meu carro é azul. Pode-se concluir que a estrutura lógica do pensamento formal por si só não garante tanta certeza assim, ou antes, só seria garantidor de certezas caso as premissas não fossem questionáveis.

A aplicação da lógica formal ao direito como paradigma metodológico, portanto, pressupõe a inquestionabilidade da norma jurídica, que, por sua vez, pressupõe a inquestionabilidade de sua fonte material, o que é possível se o Estado for o do modelo Liberal do século XIX, Estado que só se relaciona com súditos. No caso do Estado Social, este já é, a priori, confrontado com a multiplicidade de poderes sociais e políticos admitidos; constantemente questionado, portanto; o que leva a uma questionabilidade das normas jurídicas incompatível com a lógica formal.

A lógica formal não é, no entanto, a única fórmula da razão. Há, também, a retórica, cuja estrutura seria a lógica substantiva que, ao contrário da lógica formal

²⁹ Utilizo a expressão em referência ao nome dado pelos comentadores gregos do *corpus* aristotélico ao conjunto das obras de Aristóteles referentes à lógica, considerada por este como a estrutura do pensamento dito correto, do pensar corretamente pela correta associação de idéias.

³⁰ Discutir em conjunto, em grego.

que pretende uma validade universal, aquela estaria voltada para uma validade circunstancial, dependente do contexto de sua realização.

Um exemplo retirado da literatura policial: O Comissário Maigret³¹ se vê diante da seguinte cena: um cadáver com um tiro frontal na cabeça, à queima-roupa, e outros três disparos nas costas que, conforme dados do legista, atingiram a vítima após sua morte que ocorreu com o primeiro disparo. Não foi encontrada a arma. Concluiu-se daí que se tratava de um homicídio, pois, não seria possível ou “lógico” que um morto fosse capaz de atingir três disparos de arma de fogo em si mesmo e ainda dar um sumiço na arma. Ao longo da investigação, o personagem descobre, para sua surpresa, que a vítima cometera suicídio com um tiro na cabeça e que os demais disparos, assim como o desaparecimento da arma, foram realizados por sua empregada que, temerosa pelo fato de suicidas não terem as mesmas honras fúnebres e religiosas de um assassinado, simulou um homicídio para “salvar a alma” de seu adorado patrão. Note que a lógica formal levaria à conclusão inequívoca de que o quadro seria de homicídio, mas uma circunstancialização dos acontecimentos ao longo do romance, dando-lhes uma substância particular, acabou por demonstrar algo surpreendente, inesperado: um suicídio.

A lógica substantiva seria a conclusão apontada por uma série de circunstâncias; de uma situação particular dos acontecimentos; de, muitas vezes, uma humanização dos dados analisados. A lógica substancial não nos traria um grau de certeza semelhante à lógica formal, pois o grau de questionabilidade das premissas é, em última análise, indeterminável (quem garante que os dados que levaram Maigret a convencer-se do suicídio também não são incorretos?). A busca pela verdade seria concluída não pela verdade “descoberta” pela razão, mas por uma verdade satisfatória, convincente, porque razoável, aceitável. Diante de todos os dados particulares, circunstanciais, é possível concluir que houve suicídio. Justifica-se a tese de suicídio mais do que a demonstra ou prova. A justificabilidade ou aceitabilidade de uma conclusão não se sustentaria, portanto, em valores universais, mas nas condições do próprio discurso, de seus dados, de seus porta-vozes, dos paradigmas pré-existentes ao discurso produzido que lhe tornaria plausível.

Para os gregos antigos não haveria uma diferença hierárquica entre os discursos retórico e científico ou *apodítico*, como apontava Aristóteles, mas uma diferença quanto aos fins propostos e possíveis para cada um. O discurso *apodítico* seria o discurso da natureza, no qual haveria uma base de certezas, no qual os juízos

³¹ Famoso personagem do escritor belga Georges Simenon (1903 a 1989) que figura em 28 de seus contos policiais. O exemplo citado foi extraído de *Maigret et les vieillards* (1960), publicado no Brasil pela LP&M e Nova Fronteira com o título *Morte na Alta Sociedade*, com tradução de Raul de Sá Barbosa (2004)

produzidos seriam juízos de fato, pois haveriam apenas fatos a serem descobertos e demonstrados. Sua sentença final seria **A é B**. Tal discurso seria, contudo, inadequado para o campo do conhecimento que não visasse juízos de fato, mas juízos de valor: **A deve ser B**, tal qual a política, onde não há uma forma especificamente verdadeira ou falsa de vida, de como procederem às festas religiosas, aos jogos ou às guerras, mas apenas formas adequadas ou inadequadas, formas justificáveis ou injustificáveis. Um juízo claramente moral e não meramente científico. O *logos*³² seria o campo do saber das coisas do mundo, o *rethorem*³³ o saber dos valores do mundo. Lógica do racional e lógica do razoável.

Este quadro de indiferenciação hierárquica de saberes perdura até a modernidade, na qual a crise havida em função do fim da metafísica lançou o homem num vazio de verdades. Numa impossibilidade de apenas demonstrá-las ou apontá-las lá no mundo das idéias, pois o mundo das idéias desabou, perdeu sua concretude, sua condição de morada das certezas. Isso poderia ter conduzido o homem a uma afirmação da lógica substantiva como único conhecimento possível, do fim da razão e o assumir do razoável como sendo a estrutura de um conhecimento do homem pelo homem. Mas isso não ocorreu, houve, ao contrário, um recrudescimento da razão e de seus sonhos de redenção futura³⁴. Uma empolgação com a razão como forma de preencher a sombra deixada pela morte de Deus³⁵. Não foi à toa que Hegel formulou sua tese, que se pretendia teológica, na qual afirma Deus (Idéia) como um ser de pura razão, a nortear a história por um caminho de racionalidade. O novo homem, homem moderno, ressentido de sua falta de “chão” metafísico, reconstruiu os alicerces do conhecimento em torno da razão, do racional e da lógica formal em todos os campos do saber, inclusive no direito. O discurso racional é a estrutura da nova idéia de cientificidade, ser científico e, portanto, verdadeiro, é ser racional e lógico-formal. O direito que pretende afirma-se como ciência, rende-se, portanto, à lógica formal.

A retórica, deslegitimada como saber desde o julgamento de Sócrates, associada ao engano, à persuasão (sedução) em detrimento da verdade, sofre um golpe violento, quase fatal. A retórica e a lógica substantiva, que se mostravam como a mais humana das razões, curiosamente são deslegitimadas, rebaixadas a um saber menor justamente quando o homem assume o controle de seu próprio saber. Uma curiosa desumanização do saber que só foi possível por uma desumanização do

³² Entendido aqui como tipo de discurso racional visando demonstrar juízos de fato (A é B).

³³ Entendida aqui como tipo de discurso retórico, que tem por objetivo a produção de juízos de valor (A deve ser B).

³⁴ Refiro-me ao racionalismo do século XIX e XX. À idéia de que a razão é a referência para tudo que é bom para o homem.

³⁵ Valendo-me de um conceito Nietzscheano.

próprio homem, por uma repressão e alienação das paixões humanas em detrimento dos ganhos de uma razão universalizada, tornada metafísica, uniforme, matemática. O direito seguiu o mesmo destino: desumanizou-se. Tornou-se lógico, matemático, formalista.

Finda a inquestionabilidade da norma, o direito pode humanizar-se no sentido metodológico. Assumiu a lógica substantiva como seu próprio referencial lógico e resgatou a retórica. Mudou de paradigma: do racional ao razoável. A decisão jurídica deverá ser construída, assim, não só por um raciocínio dedutivo do sentido das normas inferiores a partir das superiores, mas pela reconstrução do sentido das normas diante dos fatos concretos e das razões que suscitam, de seus valores. Nesse sentido, os princípios seriam, sobretudo, critérios dessa humanização, da otimização da aplicação das normas a fatos concretos visando resultados não propriamente verdadeiros ou falsos, mas adequados ou não, justificáveis ou não. Os princípios jurídicos, portanto, têm uma função inequívoca de justificabilidade da aplicação de determinadas normas em determinadas circunstâncias. A função de justificar o direito como um todo, de concretizar seus paradigmas.

Cabe aqui uma ressalva. Conforme observou Stephen Toulmin, um argumento jurídico, para ser aceitável, deve ser tanto razoável quanto racional³⁶. A mudança de paradigma narrada acima não significa o abandono completo e inexorável da lógica formal, ela continua tendo importância fundamental para o Direito, assim como para a teoria da argumentação, de uma forma geral. Mais especificamente, afirmar que a validade do discurso jurídico depende tanto de sua racionalidade quanto de sua razoabilidade significa dizer que ele deve manter tanto uma coerência interna, ou seja, seus argumentos não podem contradizer-se³⁷ e a estrutura do discurso deve estar correta, formado por corretos raciocínios lógicos³⁸ (requisito lógico); quanto externa, ou seja, deve estar de acordo com seus paradigmas, deve ser razoável. Estas

³⁶ TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁷ O princípio da não contradição, que afirma que alguma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo, é o fundamento primeiro da lógica.

³⁸ Segundo a lógica, três são as estruturas do raciocínio jurídico: dedução, indução e analogia. Na dedução, ou silogismo, o raciocínio segue uma escala descendente de argumentos, parte-se do argumento mais abrangente para o menos abrangente, por exemplo: todos os que estão usando camisa vermelha são do time A, Caio está usando camisa vermelha, logo, posso concluir que Caio é do time A. No caso da indução ocorre o contrário, parte-se de uma série de afirmações específicas e delas extrai-se ou induz-se uma regra geral, por exemplo: uma vez Caio viu uma galinha que pôs um ovo, outra vez, Caio viu outra galinha pôr outro ovo, e mais uma vez, e outra, de onde concluiu que toda galinha põe ovos. No caso da analogia, não há uma hierarquia entre as afirmações, não há entre elas nenhuma diferença quanto à abrangência, tratando-se, então, de um raciocínio por semelhança, por exemplo: se o grito dado a cem metros eu pude ouvir, então poderei ouvir também um tiro disparado a cem metros.

questões serão mais bem abordadas no capítulo referente à interpretação das normas penais.

Conclusão

Podemos afirmar, por fim, que os princípios jurídicos são o resultado da crise de paradigmas pela qual o Estado vem passando desde o século XIX, sendo tal processo acelerado no século XX em função do trauma do nazismo. Esta crise de paradigmas acabou por trazer à tona o caráter transcendental do direito, ou seja, a necessidade de fundamentação das normas jurídicas, uma vez que não há norma que seja válida por si mesma. Tal característica só passou despercebida no século XIX pelo fato do fundamento ter sido deslocado do direito para o Estado, uma vez que o direito resumia-se às leis (positivismo jurídico na sua concepção legalista) e estas eram tidas como a expressão de um poder soberano, centralizado, dirigida a súditos. Desmontado o modelo liberal de Estado, o que antes era a certeza que permitia a ilusão da objetividade do direito, tornou-se a incerteza de que as normas não possuem sentido e valor em si mesmas, mas são valoradas a partir de paradigmas sociais. A expressão normativa destes paradigmas tornou-se princípios da ordem jurídica.

Desta maneira, podemos afirmar que os princípios atuam como critérios intermediários entre as regras jurídicas e os fundamentos do próprio direito, do direito do direito³⁹, ou da regra de juízo⁴⁰, mais especificamente, o critério transcendental, o paradigma ao qual as normas, incluindo os próprios princípios, são remetidas para fundamentar seu sentido e valor.

Tais paradigmas correspondem ao conjunto de critérios socialmente construídos de atribuição de sentido e valor às coisas do mundo, mais especificamente, aos critérios sociais de atribuição de sentido e valor ao julgar e ao punir. É comum tratar tais paradigmas como fatos, pois sua produção e reprodução não necessitam da consciência dos sujeitos que o produzem e reproduzem. Vide, por exemplo, o caso do apontamento do belo. Há um critério socialmente construído de atribuição de sentido e valor estético às pessoas, aos produtos artísticos, etc.. Tal critério além de social é histórico, ou seja, muda com o tempo, no entanto as pessoas que o reproduzem não se dão conta da construção de tal critério, não percebem que todo o valor humano está em constante mutação, julgam, iludidos, que os valores são estáticos e, para pará-los, para realizar sua ilusão, os colocam nas coisas: dizemos

³⁹ Como prefere François Ewald. (op. cit. pág. 209)..

⁴⁰ alguns autores preferem a expressão em latim: *regula júrís*. Ver: AGUILÓ REGALA, Joseph. Teoria general de lãs fuentes del Derecho y del orden jurídico. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 2000. pág. 125 e ss.

que fulana ou beltrano são bonitos, como se a beleza estivesse neles mesmos e não nos olhos de quem vê, como se a beleza fosse tão imutável que povos diferentes, de culturas diferentes os achariam tão belos quanto nós achamos.

Em todas as ações humanas há o toque do paradigma social, do atribuir e reproduzir o sentido e valor social das coisas do mundo. Com o direito não poderia ser diferente. Os princípios são também uma reprodução desses mesmos paradigmas que, se não os questionamos nos princípios, é porque nossa inconsciência do processo faz com que não percebamos que mesmo os princípios estão sujeitos à transcendentalidade das normas jurídicas, estão sujeitos à fundamentação.

Princípios não são, portanto, normas auto-referenciais, que possuam uma validade intrínseca, inquestionável. São a afirmação de um paradigma resultante dos processos sociais de transformação do Estado e de nosso sentido de sociedade; de uma concepção política do poder tido como difuso, exercido a partir de múltiplos agentes; de uma histórica afirmação da dignidade da pessoa humana (fruto do trauma do nazismo); de uma preocupação social nas ações do Estado; da realização do bem comum e dos fins sociais da norma; enfim, de toda uma série de sentidos e valores atribuídos às coisas contempladas e às idéias socializadas.

Em que a idéia de paradigma seria diferente da norma fundamental de Kelsen? Em termos estruturais, nenhuma. A idéia da norma fundamental é a resposta de Kelsen ao problema da transcendentalidade do direito, sua forma de expô-lo. O paradigma pode ser chamado de norma fundamental. A diferença que há entre este discurso de fundamentação e a Teoria Pura do Direito é epistemológica. Para Kelsen a norma fundamental é um fundamento que se torna, aos olhos do jurista um pressuposto, o fruto de uma escolha política cujo juízo ou reconstrução sobre ela não lhe cabe.

A compreensão destes paradigmas, assim como da norma fundamental kelseniana, é de ordem sociológica e antropológica, o que não significa que não seja um problema do operador do direito, ao contrário, não há uma compreensão plena do direito por faltar uma compreensão de seus próprios paradigmas, sem uma dimensão sociológica e antropológica do processo de atribuição de sentido e valor ao próprio direito, sem uma dimensão sociológica e antropológica do processo de criação e reprodução jurisprudencial do direito.

Em suma, a diferença epistemológica fundamental é de que o paradigma não é tido como um pressuposto de validade da norma, mas como um critério de fundamentação que dá o sentido e valor da norma em determinado tempo e lugar, que orienta seu processo de interpretação, que lhe dá um sentido preciso. Disso resulta que, ao longo do processo de aplicação da norma jurídica, ele deve ser

explicitado, deve-se ter consciência dele sob pena de uma atuação acrítica do operador do direito.

Considerado o fundamento da norma jurídica como pressuposto, toda a operação racional de interpretação da norma jurídica, de sua concretização, passa a ser uma questão de lógica formal. Uma relação dedutiva entre normas hierarquizadas plenas de sentido e valor. Ao contrário, se consideramos os fundamentos das normas jurídicas como paradigmas em constante transformação e que se manifestam na forma de normas, teremos uma preocupação com os processos sociais de atribuição de sentido e valor às normas de tal sorte que sua própria normatividade dependerá do quanto se justifique. Ela deverá ser razoável, além de racional.

A razoabilidade é a justificação de uma norma diante dos paradigmas, cujo processo de aceitação é antropológico e social. Por exemplo: na primeira metade do século XX o marido não respondia pelo crime de estupro quando a vítima era sua esposa, isso pelo fato de que tal sociedade considerava que era uma obrigação da esposa ceder sexualmente ao marido, de tal forma que ao estuprá-la estava o marido no exercício regular de um direito. As normas penais invocáveis nessa época são exatamente as mesmas que invocaríamos hoje. Tanto o discurso que afirmaria que o marido estava no exercício regular de um direito quanto o que o considera um esturador são lógicos tendo em vista que encadeiam suas premissas e conclusões sem nenhuma contradição. No entanto, a tese do exercício regular do direito, hoje, não pode ser considerada razoável. Não mudaram o tipo penal nem a excludente de antijuridicidade, mudaram os paradigmas do direito. Mudou, também, sua forma de justificação. Em sendo os fundamentos um pressuposto da norma jurídica, bastaria citar a norma pertinente ao caso que decisão estaria justificada, hoje, a justificação deve levar em conta a possibilidade de questionamento dos fundamentos, o que obrigará o operador do direito a proceder à sua justificação expondo não apenas as normas, mas os paradigmas que lhe conferem sentido e valor.

Bibliografia.

AGUILÓ REGALA, Joseph. Teoria general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 2000.

ARISTÓTELES. Retórica. Tradução de Manuel Alexandre Jr., Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade, a busca por segurança no mundo atual*. São Paulo: Jorge Zahar. 2003.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

- EWALD, François. *O direito do direito in Foucault a norma e o direito*. Lisboa: Ed Vega, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *Il faut défendre la société*. Paris: Éditions du Seuil, 1997.
- FOUCAULT, Paul Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- PERELMAN, Chaim. *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*. 2ª ed. Paris: Ed. Dalloz, 1979.
- TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade – Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- VIANA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de, CUNHA MELO, Manuel Palácios e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 e o Processo Penal: Breve análise quanto à possibilidade da aplicação ao Processo Penal das normas fundamentais presentes no Código de Processo Civil

Ricardo Gueiros Bernardes Dias

Pós-Doutorado em Direito pela University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela University of California (Hastings)/UGF. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Pós-graduado em Direito Comparado pela Université de Sorbonne (Paris-Panthéon). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Efetivo da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Francelle Barcelos

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogada.

Clivia Marcolongo Pereira Guzansky

Mestranda em Direito Processual pelo Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Assessora Jurídica no Ministério Público no Estado do Espírito Santo.

Sumário: 1 Introdução. 2 Normas Fundamentais do Processo Civil. 3 O transplante das normas fundamentais do Processo Civil ao Processo Penal. 3.1 Inovações do contraditório trazidas pelo CPC/2015 e o seu impacto no processo penal. 3.1.1 Explorando o RHC nº 109.530 (STJ). 4 Reflexões sobre a possibilidade da utilização de técnicas processuais do CPC no CPP. 5 Conclusão. Referências.

1. Introdução

O atual Código de Processo Penal (CPP) foi promulgado no ano de 1941, tendo passado por diversos momentos relevantes do país. Traçando uma breve rota, sua criação se deu na conhecida Era Vargas, com indisfarçável influência do modelo processual

estabelecido na Itália sob o regime fascista¹. Após, sobreviveu ao período democrático (1946-1964) e a ditadura militar (1964-1988) amoldando-se, com poucas concessões, ao renascimento da democracia, a partir promulgação da Constituição de 1988 (CF), que mercidamente porta o título de primeira constituição brasileira substancialmente democrática tendo em vista o catálogo de direitos fundamentais erigidos à categoria de cláusulas pétreas, versando tanto sobre direitos materiais como processuais com aplicação no campo criminal. Não obstante esse rol, o legislador nacional pareceu considerar que reformas pontuais ao CPP seriam suficientes para sanar os traços inquisitoriais de sua matriz, promovendo inúmeras reformas com o escopo de obter a conformação desse diploma ao novo paradigma constitucional.

No campo civil, depois de inúmeras retalhadas e enxertos ao diploma processual e sua recalcitrante obsolescência quanto ao propósito de sanar as crises do judiciário nacional e o formalismo processual que ameaçava a tutela efetiva dos direitos fundamentais, aprovou ao legislador editar novo código, surgindo, daí, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) que, fiel ao propósito de organicidade sistêmica e conformação ao modelo democrático, estabeleceu um rol de normas processuais fundamentais cujo escopo evidente foi o de densificar o conteúdo dos direitos constitucionais processuais visando dar-lhes efetividade no cotidiano forense.

Com a teoria do diálogo das fontes e da aplicação supletiva e subsidiária, a luz do CPC poderá alcançar o CPP. Inclusive, imperioso que essa luz o alcance, seja porque se trata do primeiro diploma processual integralmente formulado a partir dos novos parâmetros constitucionais, ou porque a própria natureza do processo penal – que visa legitimar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual dos seus súditos – assim o impõe, fiado, neste caso, na premissa de que sob o novo paradigma constitucional, o processo penal será tanto mais legítimo quanto mais conformado às normas fundamentais.

Nessa toada, observar-se-á de forma afunilada as inovações do CPC na densificação dos valores processuais constitucionais, conforme arranjo apresentado na Parte Geral, Livro I, Capítulo I, artigos 1 ao 12, objetivando estabelecer a possibilidade da aplicação dessas normas fundamentais (e consequentes técnicas processuais que garantem esse transplante) ao Processo Penal que, conforme brevemente demonstrado, está defasado. Seguir-se-á, nesse exame, o mérito dedutivo a partir do exame da doutrina especializada, extraída em levantamento bibliográfico de livros e artigos jurídicos relativos ao tema, bem como de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e

¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

Superior Tribunal de Justiça versando sobre o assunto, e o modo de abordagem será o qualitativo, devido a sua melhor adequação ao tema proposto.

2. Normas Fundamentais do Processo Civil

Sem a pretensão de exaurir o exame das normas fundamentais do Processo Civil, que estão presentes na Parte Geral, Livro I, Capítulo I do CPC/2015, dos artigos 1 ao 12 – eis que prescindível para os propósitos desta pesquisa – serão analisados o teor de cada um desses artigos e os princípios constitucionais a eles subjacentes, de modo a oportunizar uma suficiente compreensão dessas normas e o vislumbre de seus impactos sobre o processo penal, afinal, se a fonte genética desses dispositivos é a CF e se esta é o vértice normativo do sistema jurídico nacional, a organicidade desse sistema impõe a transposição dos comandos constitucionais adensados na codificação processual civil para a esfera processual penal.

O artigo 1º do CPC² traz a exortação de que o processo civil será interpretado, disciplinado e ordenado conforme os valores constitucionais. Apesar de redundante – posto que qualquer sistema que se pretenda íntegro deve estabelecer a conformação de seus procedimentos ao seu estatuto fundante –, esse dispositivo serve ao propósito de incentivar o amadurecimento da comunidade jurídica nacional, habituada à fragmentação normativa que mantinham encasteladas as normas fundamentais, sem efetiva vigência na prática forense. A primazia topográfica desse artigo reforça esse argumento, dando ênfase à imposição já existente de que o CPC deve ser compreendido à luz da CF.³

O artigo 2º do CPC⁴, por sua vez, estabelece o equilíbrio entre a inércia da jurisdição, que condiciona o processo à provocação da parte, pelo uso de seu direito de ação⁵, e o impulso oficial, pelo qual o juiz e seus auxiliares possuem o dever de zelar pelo

² CPC/2015 - Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30.07.2020.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015. P. 56

⁴ CPC/2015 - Art. 2º: O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30.07.2020.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015. P.37

adequado andamento do processo, promovendo, salvo exceções legais, os atos processuais necessário para assegurar a tempestiva administração da justiça.

Seguindo, o artigo 3º do CPC⁶ e seus parágrafos,⁷ em um combo, expõem a inafastabilidade da jurisdição, o acesso à justiça e o dever de estímulo a solução consensual dos conflitos. Importante observar que o direito de acesso à justiça não deve ser visto apenas como o direito de participar do processo e de obter uma resposta, mas também a necessidade de que esse acesso seja garantido pelo Estado de forma plena e adequada⁸, mirando-se a própria pacificação do conflito e, nessa perspectiva, o estímulo a métodos de solução consensual – a exemplo da mediação e da conciliação –, se apresenta como ótima opção, atribuindo aos demandantes o protagonismo na solução mediada de seus problemas.

Já o artigo 4º do CPC⁹ exprime dois princípios de suma relevância, previstos no art. 5º, inciso LXXVIII da CF¹⁰, quais sejam, o princípio da duração razoável do processo e o princípio da primazia da decisão de mérito. Quanto a este último, extrai-se que o juiz, sempre que possível, deve superar os vícios existentes na ação, de modo a estimular e viabilizar a correção dos vícios sanáveis, com a finalidade de que seja possível efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito apresentado pelas partes.¹¹ Já ao

⁶ O art. 3º do CPC está substanciado na CF/88, art. 5º, inciso XXXV que prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30.07.2020.

⁷ CPC/2015 - Art. 3º: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30.07.2020.

⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Parte Geral – Livro I – artigos 1º a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao NCCP. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015. p.63

⁹ CPC/2015 - Art. 4º: As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 31.08.2020.

¹⁰ CF/1988 - Art. 5º, inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31.07.2020.

¹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 49 – Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/#:~:text=OPINI%C3%83O%2049%20E2%80%93%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20PRIMAZIA%20DO%20JULGAMENTO%20DO%20M%C3%89RITO,-Leonardo%20Carneiro%20da&text=O%20art.,a%20solu%C3%A7%C3%A3o%20integral%20do%20m%C3%Agrito%20E2%80%9D.&text=Um%20dos%20deveres%20que%20se,de%20suas%20peti%C3%A7%C3%B5es%20ou%20alega%C3%A7%C3%B5es.>>. Acesso em 31.07.2020.

que concerne ao princípio da duração razoável do processo, válido transcrever lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

O direito à razoável duração do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. (...) O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo. (...) O direito à tutela tempestiva implica direito à economia processual, na medida em que o aproveitamento na maior medida possível dos atos processuais já praticados – sem decretações de nulidade e repetições desnecessárias de atos – promove um processo com consumo equilibrado de tempo. Daí a razão pela qual se entende que a economia processual entra no núcleo duro do direito à tutela jurisdicional tempestiva.¹²

Continuando a rápida análise das normas fundamentais, chega-se ao artigo 5º do CPC,¹³ no qual consta o princípio da boa-fé processual cujo escopo é garantir a integridade e a honestidade nas relações reguladas pelo processo, impondo a todo aquele que dele participa o dever de observar essas virtudes e moldar o seu comportamento segundo os parâmetros da boa-fé que, nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[...] impõe aos envolvidos na relação jurídica processual deveres de conduta, relacionados à noção de ordem pública e à de função social de qualquer bem ou atividade jurídica.”¹⁴ E, como desdobramento desse princípio, no artigo 6º do CPC¹⁵ anuncia o princípio da cooperação processual, da duração razoável e da primazia do julgamento de mérito. Quanto à cooperação processual, prescreve a todos os sujeitos do processo o dever moral de contribuir para que este alcance um desfecho justo. Aplicado às partes, esse princípio deve orientar o exercício do direito de ação, de defesa e as manifestações em geral; ao magistrado,

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2016. p. 142, 149 e 151.

¹³ CPC/2015 - Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 01.08.2020.

¹⁴ STJ, 3ª Turma, RHC 99.606/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2018, publicado em 20/11/2018

¹⁵ CPC/2015. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 01.08.2020.

efetiva-se a partir dos atos de impulso e dos de natureza decisória, todos orientados pela boa-fé.¹⁶

Ato contínuo, o artigo 7º do CPC¹⁷, de forma compacta, carrega em seu seio os princípios da isonomia e da igualdade entre as partes (presentes no *caput* do artigo 5º da CF/88), e ainda o princípio da ampla defesa e do contraditório (presentes no inciso LV do artigo 5º da CF/88). Quanto à isonomia, vale lembrar que um processo só poderá ser considerado justo se as partes dispuserem das mesmas oportunidades, ou seja, se houver entre elas paridade de armas e de tratamento. Assim, projeta-se sobre o legislador e sobre o magistrado uma exigência de estruturação e condução do processo em conformidade com o direito à igualdade densificado na ideia de paridade de tratamento.¹⁸ Em relação à ampla defesa e ao contraditório, tais princípios surgem de forma mais clara e incisiva nos artigos 9 e 10 do CPC, que serão abordados em seguida.

O artigo 8º do CPC¹⁹ também carrega consigo vários e importantíssimos princípios, destacando-se a dignidade da pessoa humana, cuja promoção é posta como objetivo das normas fundamentais. Além deste, apresenta as garantias da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Sob o enfoque processual, a dignidade da pessoa humana pode ser vista a partir de dois ângulos. No primeiro, diz com o dever de se reconhecer às partes visibilidade e participação efetiva e paritária na formação do processo decisório, retirando-lhes da postura de expectadores ou receptores passivos da atividade judicial para efetivos colaboradores da atividade judicante, especialmente na dialética expandida pelo novo contraditório – que será analisado mais à frente. No segundo ângulo, a dignidade da pessoa humana está relacionada à pretensão de que a justiça seja administrada de forma correta, eficaz e dentro de um prazo razoável.²⁰

¹⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Parte Geral – Livro I – artigos 1º a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao NCPC. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015. P.70/71.

¹⁷ CPC/2015. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 01.08.2020.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2016. p.157.

¹⁹ CPC/2015. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 01.08.2020.

²⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Parte Geral – Livro I – artigos 1º a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao NCPC. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015. P.75/76.

Em seguida, chega-se ao artigo 9º do CPC,²¹ que reafirma os princípios do contraditório e da ampla defesa presentes no inciso LV, art. 5º da CF/88²². Aqui é apresentada a ideia de contraditório prévio e princípio da vedação da decisão-surpresa, que também é estabelecida no artigo 10º do CPC²³. Está claro que há uma ligação íntima entre os artigos 9º e 10º²⁴ do CPC, tornando oportuno examiná-los conjuntamente.

Na organicidade do novo sistema processual, o direito ao contraditório é mais amplo do que simplesmente o direito de ser ouvido em juízo, traduzindo-se no próprio direito de influir no processo decisório, de se manifestar previamente a cada decisão e ter as suas considerações efetivamente examinadas pelo julgador.²⁵E, possuindo as partes semelhante direito, logicamente não há espaço para que o juiz decida sobre qualquer questão sem que as ouça previamente, chegando assim a proibição de decisão-surpresa. Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Jr:

O principal fundamento da participação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. [...] Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões. [...] Assim, diferentemente de mera condição para a produção da sentença pelo juiz ou de aspecto formal do processo, a garantia do

²¹ CPC/2015 - Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 02.08.2020.

²² CF/1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.08.2020.

²³ CPC/2015 - Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 02.08.2020.

²⁴ "O que se pretende evitar é a chamada 'decisão-surpresa' e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual". (SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016. p. 79.)

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed., São Paulo: RT, 2015, p. 60

contraditório, como veremos a seguir, é condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se internamente à fundamentação da decisão jurisdicional participada – exercício de poder participada [...]²⁶

Chegando ao final, tem-se o artigo 11 do CPC²⁷, que tem como base as previsões constantes no artigo 93, inciso IX e X da CF²⁸, apresentando, de um lado, o princípio da publicidade, que permite o controle dos atos judiciais pela sociedade, e, de outro, o dever de fundamentação das decisões, densificado no artigo 489, §1º e seus incisos²⁹, do CPC. Sob o comando dessa norma processual fundamental, o magistrado fica obrigado a fundamentar as suas decisões de forma racional, por meio de argumentos jurídicos válidos e sempre explicando a sua relação com o caso concreto (incisos I, II e III); a enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes que sejam relevantes para influenciar a decisão ou capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (inciso IV); a observar o microsistema de precedentes que busca racionalizar a prestação jurisdicional, empregando as técnicas devidas, quais sejam, identificação da *ratio decidendi* – pelos elementos *atos materiais e solução jurídica* -, distinção ou superação (incisos V e VI).

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. Novo CPC: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 63-64.

²⁷ CPC/2015 - Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

²⁸ CF/1988 - Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02.08.2020.

²⁹ CPC/2015 - Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 04.08.2020.

Finalmente, o artigo 12º do CPC³⁰ consagra a ordem cronológica das decisões, o que é uma inovação, já que não havia essa previsão no CPC/73, e prestigia a isonomia.

3. O transplante das normas fundamentais do Processo Civil ao Processo Penal

Apresentadas as normas fundamentais presentes no CPC, passa-se a analisar a relevância de sua transcendência para outras esferas, com enfoque para o processo penal, devido ao recorte metodológico deste artigo. Assim, no presente tópico, analisar-se-á a Teoria Geral do Processo, de forma específica ao tema do estudo, e os artigos 15 do CPC e 3º do CPP.

Apesar da clássica fragmentação do direito em ramos de aplicação, a doutrina brasileira consente sobre a existência de uma Teoria Geral do Processo³¹, de pretensão universal e com pontos de intersecção entre as mais variadas esferas, com atenção especial aos seus aspectos primordiais e conceitos fundamentais.³² Para Marcellus Polastri, guardadas as diferenças de objeto que podem ter os mais diversos ramos do processo, em sua gênese é possível encontrar uma identidade que possibilita a defesa de uma Teoria Geral do Processo, trabalhada a partir da ideia de unidade da ciência processual com princípios gerais comuns aos vários ramos.³³ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam o que:

Teoria geral do processo é um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. É também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios conceitos e estruturas

³⁰ CPC/2015 - Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 04.08.2020.

³¹ Apesar de ser o entendimento majoritário da doutrina, ainda assim uma importante e significativa parcela da doutrina adota uma postura crítica quanto a Teoria Geral do Processo, por considerar que essa generalização importa em ignorar certas peculiaridades e distinções de cada ramo processual, entretanto, o presente artigo se filia ao entendimento da existência da Teoria Geral do Processo. Sobre o tema conferir, por exemplo, DIDIER, Fredie Jr. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021: "(...) A lição é correta: não se pode pretender transpor regras do direito processual civil ao direito processual penal, sem que se percebam as diferenças que há entre os seus respectivos objetos. Desconhece-se quem proponha, seriamente, no Brasil, um Direito Processual único. (...) Mas a Teoria Geral do Processo não é Direito Processual único, nem cabe a ela de discutir a respeito disso. A discussão sobre a unidade do direito processual pode e deve ser feita no âmbito da Filosofia do Direito Processual. Mas a Teoria Geral do Processo nada tem a ver com isso. Laura Tucci erra o alvo em sua crítica".

³² LIBARD, Nádía Ceccon. O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado. Diálogos entre o CPC/2015 e o processo penal: o contraditório prévio e o instituto da emendatio libelli. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017. p. 451.

³³ POLASTRI LIMA, Marcellus. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.36.

desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um³⁴

Defende-se, portanto, a unidade da ciência processual a partir de elementos e preceitos comuns que, se bem compreendidos e harmonizados, devem orientar todos os diversos arranjos processuais. Nas palavras de Senra e Souza, existe, então, “[...] a necessidade de compreendermos e interpretarmos as normas de processo penal à luz do sistema formado por todas as normas processuais, no que se incluem também as disposições processuais civis”³⁵, e é, justamente, nesse diapasão que entra o artigo 3º do CPP³⁶, prevendo que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, além da suplementação dos princípios gerais do direito, o que inegavelmente sustenta a aceitação e a conexão da teoria geral do processo. Emanando desse mesmo dispositivo a conclusão de que nenhum ramo do direito pode viver em isolamento absoluto, de forma que é plenamente possível o intercâmbio fluido de conceitos fundamentais de uma área de atuação para outra, em especial quando esses conceitos dimanam, direta ou indiretamente, do texto constitucional. Portanto, é inarredável a admissão, no Processo Penal, de interpretação extensiva e analógica de princípios e regras existentes no Código de Processo Civil, com fundamento no art. 3º do CPP, motivo pelo qual as normas fundamentais do Processo Civil devem, sim, balizar o Processo Penal, em especial tendo em vista o caráter ontogenético de densificação das normas processuais constitucionais.

Agora, imperioso tecer considerações acerca do artigo 15 do CPC³⁷, que dispõe que, “[n]a ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”. Percebe-se que, na literalidade da lei, o legislador não fez constar o processo penal. Entretanto, conforme supõe-se demonstrado, a leitura desse

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 27

³⁵ SENRA, Alexandre. SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. O Processo Penal e a nova disciplina da coisa julgada. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 433.

³⁶ CPP/1941. Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05.08.2020.

³⁷ Tramita no Senado atualmente o Projeto de Lei nº 432 de 2016, de autoria do Senador Antonio Anastasia que visa alterar o art. 15 do Código de Processo Civil/2015, incluindo de forma clara “processos penais” para possibilitar a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Penal. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127628>>. Acesso em: 05.08.2020.

dispositivo deve ser feita de forma orgânica, em atenção à própria unidade da ciência processual. Essa é a advertência de Rodrigo Reis Mazzei:

A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraíndo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria nos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. A premissa é falsa, pois o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe-se que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção³⁸

Ainda acerca do intercâmbio das normas processuais fundamentais e o alcance da interpretação sistemática do artigo 15 do CPC, Hermes Zaneti Jr. leciona que

[...] O CPC é a lei processual infraconstitucional mais importante no Estado Democrático Constitucional. O CPC é norma nova e não é mera alteração cosmética, significa uma mudança profunda de paradigmas. A ausência de normas específicas que regulem os demais processos atrai a aplicação supletiva e subsidiária do CPC (art. 15, CPC c/c art. 3º, CPP). Considerando o sistema processual como um todo o CPC compõe o núcleo em torno do qual gravitam todos os demais ordenamentos processuais... O CPC deve ser compreendido como um Código do movimento da (Re) Codificação, portanto, permeável, plástico, adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico. A aplicação dos precedentes aos demais ramos do direito processual é supletiva.³⁹

Pois bem, diante os trechos transcritos, tem-se que, para R. Mazzei, o novo Código de Processo Civil funciona como fonte que emana um processo comum, e que tem o objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, e, para H. Zaneti Jr., o Código de Processo Civil compõe o núcleo em torno do qual gravitam todos os demais

³⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016. p. 529.

³⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: Repercussões do Novo CPC no Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 461.

ordenamentos processuais, concluindo-se, por conseguinte, pelo diálogo entre as fontes processuais em debate a tornar inquestionável a influência principiológica que existe do CPC sobre o CPP.

Válido apresentar, em breve parênteses, a existência de três artigos no CPP que já mencionavam a aplicação do CPC – mesmo que sob a égide do diploma revogado, sendo eles: artigo 139⁴⁰, 362⁴¹ e 790⁴². O objetivo aqui, nesse rápido aparte, é demonstrar que o ordenamento jurídico é uno, e, ele todo, de forma harmônica e compatível, deve dialogar na busca da melhor técnica e resultado. Não deve ser deixado cair em esquecimento que a inserção de normas fundamentais no novo CPC, de forma a criar um modelo constitucional de processo sintonizado ao Estado democrático de direito é o sustento primordial da aplicação, ao processo penal, das normas processuais fundamentais identificadas neste estudo.

Essa interpretação não é problematizada na prática forense, antes, possui ampla admissão perante os Tribunais Superiores. Como exemplos, rememora-se o Agravo em Recurso Especial nº 1.476.852-SP (STJ), de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que aplicou ao processo penal o art. 132 do CPC/73⁴³, o AgRG no Recurso Especial nº 1.765.139-PR (STJ), de relatoria do Ministro Felix Fischer que aplicou ao processo penal o art. 932, III, do CPC/2015⁴⁴, o Recurso Especial nº 1.640.084-SP (STJ), de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, que aplicou ao processo penal os artigos 10 e 1.013, §§ 1º e 2º do CPC/2015⁴⁵, a decisão do Ministro Joaquim Barbosa, na Ação Penal

⁴⁰ CPP - Art. 139. O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05.08.2020.

⁴¹ CPP - Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05.08.2020.

⁴² CPP/1941. Art. 790. O interessado na execução de sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05.08.2020.

⁴³ STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.476.852 - SP (2019/0097435-0). Min. Rel. João Otávio de Noronha. Decisão Monocrática. Publicado em 15.05.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=95384267&tipo_documento=documento&num_registro=201900974350&data=20190515&formato=PDF>. Acesso em: 10.08.2020.

⁴⁴ STJ. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.765.139 - PR (2018/0234274-3). 5ª Turma. Min. Rel. Felix Fischer. Acórdão publicado em 08.05.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1818100&num_registro=201802342743&data=20190508&formato=PDF>. Acesso em: 10.08.2020.

⁴⁵ STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.640.084 - SP (2016/0032106-0). 5ª Turma. Min. Rel. Ribeiro Dantas. Acórdão publicado em 01.12.2017. Disponível em: <

nº 470/STF, que admitiu a aplicação subsidiária do art. 408 do CPC/73⁴⁶, entre vários outros.

3.1 Inovações do contraditório trazidas pelo CPC/2015 e o seu impacto no processo penal

Conforme demonstrado no tópico anterior, a doutrina e os Tribunais Superiores possuem entendimento firmado de que, de forma subsidiária, supletiva e residual, é possível a aplicação das normas fundamentais presentes no CPC ao processo penal. De todo modo, certo é que algumas dessas normas fundamentais presentes no CPC receberam apenas novo fôlego, revigorando garantias existentes desde a redemocratização, com a promulgação da CF em 1988, afinal, todas as normas fundamentais presentes no CPC foram extraídas do texto fundante, de modo que aquele diploma apenas tratou de oxigenar o processo de maturação das garantias processuais estabelecidas no nascimento da Nova República.

Dentre as normas fundamentais do CPC, destaca-se, em termos de importância para o processo penal, aquelas concernentes ao contraditório e seus impactos no processo decisório.

O contraditório é, sem dúvida, o elemento central da ciência processual, sendo qualificado por Hermes Zaneti Júnior como valor-fonte do processo constitucional.⁴⁷ No processo penal, devido a densidade da intervenção estatal e a natureza do bem jurídico atingido por essa ação, o contraditório assume uma importância ainda maior. Restou demonstrado que por força do artigo 3º do CPP, a aplicação dos artigos 9 e 10 do CPC (entre outros) estende-se aos feitos criminais, ou seja, o contraditório prévio e a vedação à decisão surpresa passam a ser exigências do processo penal, tanto quanto o são no processo civil. Sendo assim, mesmo em matérias sobre as quais o juiz está

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564541&num_registro=201600321060&data=20170201&formato=PDF>. Acesso em: 10.08.2020.

⁴⁶ STF. AÇÃO PENAL Nº 470. Min. Joaquim Barbosa. Decisão. Publicada em 26.06.2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 10.08.2020.

⁴⁷ "Nesse novo modelo constitucional do processo civil, o contraditório se revela "valor fonte" do direito processual democrático. As características e particularidades desse contraditório renovado apresenta-se como: a participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória do mesmo; a simétrica paridade da sua posição frente ao iter procedimental (posição de cooperação e lealdade com os demais "atores" processuais); a mútua implicação da sua atividade (desenvolvida respectivamente para promover, impedir ou modificar a emanção do provimento); a relevância da participação das partes para o autor do provimento (nos processos jurisdicionais: o Estado-juiz), de modo que cada um dos contraditores possa exercer um conjunto de escolhas, de reações e de controles, e deva considerar as reações dos outros." (ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 246.)

autorizado a conhecer de ofício, deve ser aberto o contraditório prévio para que as partes debatam e tenham a possibilidade de influir no processo decisório.⁴⁸ Nesse sentido, quando o julgador vislumbrar, por exemplo, a possibilidade de reconhecer a prescrição penal ou declinar o julgamento da causa por incompetência absoluta, deverá primeiro ordenar a intimação das partes para que se manifestem previamente sobre o tema, para somente depois proferir sua decisão.

Sob essa nova sistemática, o instituto da *emendatio libelli*, previsto no artigo 383 do CPP⁴⁹, é um dos mais impactados no processo penal orientado pela melhor proteção da garantia fundamental ao contraditório. Isso porque, de acordo com a utilização analógica do artigo 10 do CPC ao processo penal, não poderia mais o juiz criminal decidir de ofício pela alteração da tipificação da conduta respondida pelo réu quando entender que os fatos narrados na denúncia não correspondem a tipificação inicialmente dada. A *emendatio libelli* é efetuada pelo juiz na sentença, e, esta, de acordo com o art. 383 do CPP, não prevê como pré-requisito a oportunidade do contraditório (diferente da *mutatio libelli*, que possui previsão expressa). Ocorre que, agora, utilizando o CPC como eixo para a exequibilidade desse valor processual fundamental, cabe ao juiz intimar previamente as partes para se manifestarem sobre a possibilidade de alteração da definição jurídica do fato sempre que vislumbrar a possibilidade de esta ser diferente daquela capitulada pela acusação.

A adoção desse procedimento prestigia o direito de defesa, tornando incompreensível a sua não aplicação, especialmente diante do peso que a *emendatio libelli* pode encerrar para o acusado, uma vez que, a depender da nova tipificação, ele pode ter sua pena agravada sem nem ao menos ter tido o direito de se manifestar previamente sobre o assunto.

Na mesma linha de raciocínio, “[...] não será mais possível ao juiz a absolvição do réu, sem prévia oitiva da acusação, com base em tese de defesa não pronunciada na defesa preliminar (art. 396-A do CPP), mas apenas apresentada nas alegações finais da defesa.”⁵⁰, logo, o peso da balança pende para ambos os lados, o que não altera é o fato de que, quanto mais se oportunizar o contraditório, mais justo é o processo penal.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz (Org.). Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 367.

⁴⁹ CPP - Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10.08.2020.

⁵⁰ GAJORDONI, Fernando. Impactos do Novo CPC no processo penal. GEN Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/05/11/impactos-novo-cpc-processo-penal/>>. Acesso em: 10.08.2020.

Observa-se que no paradigma processual constitucional, o CPC enquanto primeiro diploma processual sancionado no período de redemocratização vem influenciando mudanças diretas no próprio CPP, citando-se, à título de exemplos, a Lei 13.964 de 2019, que alterou a redação do art. 28 do CPP para trazer a possibilidade de o investigado exercer algum grau de defesa e contraditório ainda em fase anterior ao oferecimento da denúncia. Em verdade, a nova sistemática do art. 28 do CPP abre o direito ao exercício do contraditório, por meio de manifestação junto ao órgão revisor superior do Ministério Público quando ordenado o arquivamento do inquérito policial, para que este possa dar suporte à tese de arquivamento. Essa mesma lei também alterou o artigo 315 do CPP, para incluir no seu parágrafo segundo previsão análoga àquela impressa no artigo 489, parágrafo 1º, do CPC, encerrando inclusive a previsão de não se considerar fundamentada a decisão que deixar de enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo e que sejam capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Esse dispositivo também traz a obrigação de respeito ao precedente, acerca do que será abordado no tópico seguinte.

3.1.1 Explorando o RHC nº 109.530 (STJ)

Analisou-se, no tópico 2 do presente estudo, uma breve exposição de cada artigo constante no capítulo das normas fundamentais do processo civil e as garantias que cada um carrega. Chega-se, então, ao dever de fundamentação das decisões, na forma do artigo 489, §1º do CPC, que cita, mais precisamente nos incisos V e VI, o modelo de precedentes constantes de fato nos artigos 926 e 927 do CPC, com previsão correspondente no artigo 315, parágrafo 2º, incisos V e VI, do CPP desde 2019, pacificando, portanto, toda a discussão a respeito da adoção desse microsistema ao processo penal. Apesar da posição topográfica do dispositivo – inserido no capítulo que cuida da prisão preventiva –, seu parágrafo segundo dispõe expressamente que “[n]ão se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” que deixar de atentar para o rol de ações que apresenta, cujo objetivo é aumentar a racionalidade das decisões judiciais, incluindo, no que concernem aos precedentes, a observância das técnicas devidas, quais sejam, identificação da *ratio decidendi* – pelos elementos *factos materiais* e *solução jurídica* –, distinção ou superação.

Não se pode perder de vista, porém, que a ideia de uma teoria geral do processo e o diálogo das fontes não invalidam as nuances e especificidades próprias de cada ramo do direito, que deverão ser sempre observadas sob pena de se incorrer em grave erro e na própria desidratação do Direito enquanto ciência social voltada à defesa de direitos. Na ciência criminal, especificamente, vigoram garantias fundamentais sem as quais o poder punitivo do Estado não pode ser exercido legitimamente, citando-se, como exemplo, a legalidade estrita, a lesividade, a irretroatividade da lei mais gravosa etc.

Essas garantias encerram limitações ao microsistema de precedentes na seara penal, devendo obstar a sua aplicação.

Entretanto, não foi essa a técnica observada pelo STJ no julgamento do RHC 109.530 (STJ)⁵¹. Esse recurso ordinário constitucional tinha por escopo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal tendo como marcos a publicação da sentença condenatória e a publicação do acórdão condenatório recorrível. O Recorrente argumentava que a exigência de “publicação” na parte inicial do artigo 117, inciso IV, do CPP, aplica-se tanto para a sentença condenatória, como se estendia para o acórdão condenatório recorrível. Em maio de 2019 o Ministro Relator, Ribeiro Dantas, julgou monocraticamente o recurso, reconhecendo a prescrição penal com base em argumento diverso daquele sustentado pela parte, qual seja, o de que as duas Turmas que compõem a Corte Especial com competência para a pacificar a interpretação da lei infraconstitucional possuíam a consolidada orientação de que o acórdão que apenas confirma a sentença condenatória não constitui marco interruptivo da prescrição. Assim, a pretensão da parte foi acolhida com base em argumento diverso daquele sustentado na peça recursal. Dessa decisão agravou o Ministério Público Federal e em novembro de 2019 a Quinta Turma se reuniu em sessão para confirmar a decisão monocrática que apenas refletiu a jurisprudência pacífica daquela Corte Superior. O Órgão ministerial embargou, ainda em novembro 2019.

Nesse intermezzo, o STF recebeu em suas docas o HC 176.473⁵², distribuído à relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, versando sobre a mesma questão – qual seja, a interpretação do disposto no artigo 117, inciso IV, do CPP. O relator denegou a ordem em decisão monocrática proferida em outubro de 2019. Em dezembro do mesmo ano, no curso do agravo regimental interposto em face daquela decisão, o Ministro atribuiu destaque à questão, afetando o seu julgamento ao Plenário da Corte, o que ocorreu em abril de 2020, com resultado amplamente desfavorável à pessoa condenada. O STF reconheceu, por oito votos a três, que o acórdão que apenas confirma a sentença penal condenatória, por revelar o pleno exercício da jurisdição penal, não se distinguiria do acórdão condenatório inicial, constituindo, portanto, marco interruptivo da prescrição penal.

No RHC 109.530, em curso no STJ, ainda pendia o julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal. Embora estes pesquisadores não tenham tido acesso ao conteúdo da manifestação do *Parquet* Federal – senão pelo relatório impresso no voto condutor –, a cronologia dos eventos torna certo que os

⁵¹ STJ. Quinta Turma. Ministro Relator Ribeiro Dantas. RHC nº 109530 / RJ (2019/0070485-1). Número único:0012100-62.2018.4.02.0000. Autuado em 15/03/2019.

⁵² STF. Habeas Corpus nº 176.473. Ministro Relator Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5786060>>. Acesso em: 07.08.2020.

embargos não visavam a aplicação do precedente firmado pelo STF, porquanto superveniente ao momento da oposição. Não obstante, a Quinta Turma, à unanimidade, acolheu os embargos para aplicar o precedente do STF, afastando a prescrição penal reconhecida no caso concreto.

Diversas questões podem ser problematizadas a partir desse exemplo. Para começar, a decisão do Pleno do STF não exerceu nenhum controle de constitucionalidade sobre a interpretação do 117, IV, do CPP, ela ocorreu em nível exclusivamente infraconstitucional, o que, a rigor, viola competência do STJ como Corte Suprema vocacionada à uniformização da interpretação da lei infraconstitucional. O Poder Judiciário brasileiro apresenta um modelo de duas Cortes Supremas com clara divisão de competências. Embora o STF também exerça a função de Tribunal Constitucional, a análise do paradigma revela que o julgamento do HC 176.473 não foi realizado no exercício dessa função, mas no exercício de sua competência originária definida no artigo 102, inciso I, "i", da Constituição Federal. A *ratio decidendi* do julgamento está consolidada na ideia de que *prescrição* tem como pressuposto a inércia estatal, e, nesse sentido, não poderia o Estado ser considerado inerte quando os tribunais de revisão proferem julgamento colegiado sobre os recursos de suas respectivas competências, independente de o acórdão ser condenatório inicial ou apenas confirmatório da condenação lavrada em sentença. Nenhum dispositivo constitucional foi invocado como modelo de conformação para o entendimento firmado no âmbito do STF, apenas normas infraconstitucionais já examinadas pelo STJ. Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni ensina que:

Quando o Superior Tribunal de Justiça realiza a interpretação da lei – tomando em conta ou não a Constituição como fator de interpretação – não há motivo para o Supremo Tribunal Federal voltar a interpretá-la, na medida em que a Corte Suprema, cuja função é definir a interpretação da lei, já se pronunciou. Seria possível imaginar que o Supremo Tribunal Federal ainda poderia atuar em virtude de eventual alegação de inconstitucionalidade da interpretação do Superior Tribunal de Justiça. *Sucedo que, num sistema em que há duas Cortes Supremas, o diálogo entre as Cortes deve ser intermediado por precedentes. Caso o Supremo Tribunal Federal tivesse que analisar a constitucionalidade de toda e qualquer decisão do Superior Tribunal de Justiça, estaria implicitamente negada a função de Corte Suprema de ambas as Cortes. Claramente, estaria consagrada uma descabida função de correção de uma Corte sobre a outra. Quer dizer, portanto, que ao Supremo Tribunal Federal deve caber apenas a análise*

da constitucionalidade da interpretação *instituída em precedente* do Superior Tribunal de Justiça. [destaque no original]⁵³.

Não obstante esse problema, de interesse a este estudo tem a questão da irretroatividade do precedente maléfico. A técnica dos precedentes como instrumento para a racionalização das decisões judiciais deve encontrar limites nas garantias fundamentais específicas da ciência penal, e, nesse sentido, não poderia o STJ, no julgamento dos embargos de declaração no agravo regimental no recurso ordinário constitucional nº 109.530 afastar a jurisprudência consolidada no âmbito daquele Tribunal para aplicar a nova interpretação atribuída à questão pelo STF, porque em clara afronta à garantia que veda a retroatividade da lei penal (nesse sentido compreendida em seu sentido amplo, como ato normativo com fonte em precedente).

Quanto ao tema, tem espaço no presente cenário as regras constantes na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, precisamente os artigos 23 e 24. O artigo 23 regula que qualquer decisão judicial que estabeleça nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento ao exercício de algum direito, essa decisão deverá prever um regime de transição para que o novo entendimento acerca do direito seja cumprido de modo proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.⁵⁴ Enquanto o artigo 24, do mesmo diploma legal, apresenta a regra de que a revisão na esfera judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado, levará em conta as orientações gerais vigentes à época em que o ato se perfectibilizou, sendo vedada a invalidação de situações plenamente constituídas com base em mudança posterior de orientação geral.⁵⁵ No caso em exame, concernente ao RHC 109.530, o entendimento consolidado no âmbito do STJ ao tempo em que proferido o acórdão confirmatório da condenação era de que este não

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. 1ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 108

⁵⁴ LINDB - Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10.08.2020.

⁵⁵ LINDB - Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10.08.2020.

constituía causa interruptiva da prescrição penal – portanto, essa era a orientação geral vigente à época – e a prescrição, à luz dessa compreensão, teria se perfectibilizado naquele tempo, sendo apenas confirmada na decisão monocrática lavrada pelo Relator do recurso ordinário no STJ. A superação superveniente desse entendimento pelo STF, formando novo precedente sobre a questão, deveria conduzir o STJ a atentar para a norma penal fundamental que se extrai do artigo 5º, inciso XL da CF e que impõe que a “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”. Não há razão de se ter uma sobreposição desequilibrada.

De outra banda, o julgamento do RHC 190.530 foi além e também afastou o contraditório qualificado na formação e aplicação do precedente. Isso porque, quando o acusado/embargado foi intimado para responder aos embargos, em 05 de maio de 2020, conforme andamento processual disponível no sítio eletrônico do STJ, ainda não havia sido publicado o inteiro teor do precedente de abril do STF, ou seja, não foi oportunizado ao acusado conhecer a *ratio decidendi* e, portanto, os motivos da superação, pelo STF, do entendimento então predominante, caracterizando-se a afronta às garantias de ampla defesa e contraditório, densificadas no ordenamento jurídico por meio do artigo 10 do CPC.

De forma resumida, o STJ, no RHC analisado, afastou o contraditório, garantido na Constituição Federal e no CPC/2015, e ainda deu espaço para retroatividade de precedente prejudicial ao réu, abrindo margem para a vulneração das garantias constitucionais penais imprescindíveis à legitimação do exercício do *ius puniendi* estatal.

4. Reflexões sobre a possibilidade da utilização de técnicas processuais do CPC no CPP

O propósito deste tópico é trazer reflexões sobre o uso, no processo penal, de técnicas processuais⁵⁶ extraídas do CPC. Em apertada síntese, serão abordados os negócios jurídicos processuais, os métodos autocompositivos e a ampliação da noção de contraditório, todos como técnicas que dimanam do catálogo de normas processuais fundamentais.

⁵⁶ Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mididiero: “Por técnicas processuais cabe entender procedimentos, sentenças e meios executivos, assim como as técnicas antecipatórias e aquelas destinadas à distribuição adequada do ônus da prova entre as partes. Todas essas técnicas devem poder ser utilizadas pelo juiz conforme as necessidades dos diferentes casos concretos, pois só assim a tutela jurisdicional poderá ser prestada de maneira efetiva. [...] A ação, quando interligada às técnicas processuais, permite que se fale em ação adequada.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil. Teoria do Processo Civil. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. Pp.241 e 244.)

Essas técnicas processuais, tanto no processo penal, como no próprio processo civil, buscam tornar a ação adequada à solução eficaz da controvérsia deduzida em juízo, ou seja, buscam tornar o processo mais célere, mais seguro e menos desarmonioso. As técnicas, portanto, são mecanismos (ou microprocedimentos) inseridos no procedimento ordinário para atender à tutela do direito, assegurando-lhe efetiva e adequada proteção.

O ordenamento jurídico brasileiro, há muito, possui uma ideologia de colaboração e consensualidade, possível de se extrair dos princípios constitucionais da boa-fé, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da cooperação, entre outros. E, conforme já abordado no presente estudo, o Código de Processo Civil de 2015 oxigenou essa ideia, incentivando e reforçando o uso da autocomposição através do art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC, bem como do princípio da cooperação entre as partes por meio do art. 6º do CPC. Sendo assim, cada vez mais se tem uma ampliação do uso de mecanismos de convencionalidade no direito processual, que, nas palavras de Antônio do Passo Cabral “[...] pela aplicação analógica autorizada pelo art. 3º do CPP, esta lógica deve incidir não só em relação ao direito processual civil de interesse público ou coletivo, mas também no que tange à definição do procedimento no processo penal.”⁵⁷ Consta-se, assim, que, com o aumento da autonomia da vontade e a consequente busca por resultados concordantes, alcançados pelos próprios sujeitos processuais dos feitos criminais, quais sejam, a vítima, o Ministério Público e o agente criminoso, ocorre o crescimento da chamada “justiça penal consensual”⁵⁸.

Aponta-se, então, para a possibilidade do uso de técnicas derivadas do processo civil para o processo penal, logicamente dentro de uma roupagem adaptada para atender a forma do direito material penal. Como exemplo de técnicas, tem-se o emprego da mediação penal e da composição amigável entre a vítima e o agente criminoso, inclusive com aplicação participativa e negociada da pena⁵⁹. Dessa forma, vislumbra-se o uso de técnicas autocompositivas para se obter a tutela jurisdicional efetiva, utilizando como eixo norteador as normas fundamentais presentes no CPC.

Segue-se para o exame dos negócios jurídicos processuais (NJP), previstos no art. 190 do CPC⁶⁰, como técnica processual a ser empregada no processo penal. Trata-se de

⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017. p. 81.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual, in: Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, passim.

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017. p. 77.

⁶⁰ CPC - Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o

mecanismo que guarda afinidade com a técnica acima abordada, uma vez que também anela a autocomposição das partes. Fredie Didier Jr. conceitua o negócio processual como “[...] o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”⁶¹, ou seja, através de negócios jurídicos, as partes possuem o poder de estipular regras de procedimento, alterando a regra legal prévia. Percebe-se, assim, que o CPC em seu artigo 190 trouxe uma cláusula geral de convencionalidade, o que torna possível, combinado com a aplicação analógica possibilitada pelo art. 3º do CPP, transportar essa técnica para a esfera processual penal.

Um exemplo apto para fundamentar a possibilidade de transação por negócio jurídico processual é observado na ação penal de natureza privada, conferindo-se ao autor da queixa-crime a opção escolher o foro da ação, se será o de seu próprio domicílio ou o da residência do réu, mesmo tendo ciência do lugar da infração, nos termos do artigo 73 do CPP⁶². Essa escolha possui natureza unipessoal, não existindo razão para que a eleição do foro não possa ser firmada por acordo processual bilateral.

Sobre o tema, o brilhante professor Antonio do Passo Cabral leciona:

[...] tanto no processo civil das causas do Estado, quanto no processo sancionador e no processo penal, há possibilidade de celebração de negócios jurídicos que representam algum grau de disposição sobre os direitos materiais envolvidos, ainda que estejamos em campos de forte presença de interesse público.

[...]

E o mesmo se aplica aos negócios jurídicos sobre o processo penal. Com efeito, essa permeabilidade para os acordos existe hoje e deverá ser certamente alargada pela influência da normativa do novo CPC, admitindo-se, por aplicação analógica (art.30 do CPP), a validade e eficácia de acordos processuais das partes que fixarão, de maneira vinculativa para as partes e para o juiz, as formalidades do procedimento judicial. Ora, se a negociação é

processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11.08.2020.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 439.

⁶² CPP - Art. 73. Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11.08.2020.

reconhecida, no processo penal, até mesmo para dispor dos interesses substanciais, entendemos que não deva haver óbice apriorístico para a negociação em matéria processual.⁶³

Identifica-se que o uso da convencionalidade e da autocomposição agrega valor ao ramo processual penal, especialmente quando somados a alguns institutos negociais e cooperativos já existentes de forma expressa na legislação criminal, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil dos danos (arts.74, 76, 89 da Lei nº 9.099/95; arts.27 e 28 Lei nº 9.605/1998), o acordo de não-persecução penal (art. 28-A, CPP) e a colaboração premiada (art.16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990; art.8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990, art.8º, parágrafo único, da Lei nº 9.807/1999; reforçados pelos arts. 3º, I e 4º §4º da Lei nº 12.850/2012).

Por fim, tem-se a ampliação da noção de contraditório trazida pelo CPC/2015, incorporado nas normas fundamentas e que, essencialmente, traduz-se em técnica processual de grande valia, porque, nas palavras do professor Claudio Madureira, “[u]m processo adequado é aquele que induz a aceitabilidade da decisão pelos contentores. Mas isso só será possível quanto (sic) a decisão proferida pelo julgador tiver em consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juiz.”⁶⁴, e isso só ocorre quando temos um contraditório ampliado. É senso comum que quanto maior a aceitabilidade das decisões pelos jurisdicionados, maior é a legitimidade do pronunciamento judicial e menores as chances dessas decisões serem desafiadas por infundados recursos de propósitos protelatórios. Assim, a ampliação da noção de contraditório, reforçada pelo CPC/2015 nos artigos 9º e 10º, garantem não apenas maior racionalidade às decisões judiciais, como sua maior aceitação, sendo plenamente aplicável ao processo penal, pelos motivos já explanados em tópicos anteriores.

5. Conclusão

O objetivo do presente artigo foi o de analisar a possibilidade das normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015 serem aplicáveis ao processo penal, e os reflexos dessa aplicação.

Revelou-se, no decorrer desta exposição, ser possível a aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao processo penal, mais precisamente quanto às normas

⁶³ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017. p. 82.

⁶⁴ MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109

fundamentais, usando como fundamento o artigo 15 do CPC e o artigo 3º do CPP. Consubstancia esse entendimento a constatação de que o sistema processual é um organismo unitário que possui como núcleo os valores constitucionais processuais dos quais o CPC – por se tratar do primeiro diploma processual sancionado desde a redemocratização em 1988 – tornou-se o principal expoente, fazendo com que os demais ramos processuais passem a gravitar ao seu redor, e, nesse sentido, as normas fundamentais presentes no CPC de 2015 devem mesmo iluminar o defasado e remendado CPP de 1941.

Fora abordado, ainda, alguns reflexos possíveis de se extrair da aplicação das normas fundamentais do CPC ao processo penal, como a necessidade de se ouvir as partes previamente às decisões judiciais e o reflexo dessa norma sobre o instituto da *emendatio libelli*.

Ao final, agregou-se às reflexões a análise do emprego das normas fundamentais garantidas por meio de técnicas processuais e a sua transposição para o processo penal. Demonstrou-se que a aplicação do modelo de precedentes no processo penal deve ser obtemperada pelas garantias penais fundamentais; a utilização de ferramentas de autocomposição e aumento do cooperativismo, como conciliação e mediação; a realização de negócios jurídicos processuais penais e ampliação da noção de contraditório, com a finalidade de se ter um aumento da aceitabilidade das decisões, gerando uma diminuição de recursos.

De um modo geral, este estudo buscou fortalecer a ideia de que é necessário conferir maior atenção ao processo penal, visando conformá-lo ao paradigma constitucional de 1988, especialmente diante da importância social do bem jurídico por ele tutelado, qual seja, o direito à liberdade, tornando imprescindível que qualquer ação governamental que vise atingir ou restringir o exercício desse direito seja precedido de um processo adequado ao exercício do direito de defesa, no qual a pessoa acusada não seja apenas receptora passiva do comando sentencial, mas protagonista de todas as etapas do processo.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil*. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz (Org.). *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 367

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941: Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

CABRAL, Antonio do Passo. *Acordos Processuais no Processo Penal*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017. p. 77 e 81/82.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Parte Geral – Livro I – artigos 1º a 15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao NCP*. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015. pag. 63, 70/71 e 75/76.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 27.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 49 – *Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito*. Disponível em:

<[Acesso em 31. 07. 2020.](https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/#:~:text=OPINI%C3%83O%2049%20%E2%80%93%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20PRIMAZIA%20DO%20JULGAMENTO%20DO%20M%C3%89RITO,-Leonardo%20Carneiro%20da&text=O%20art.,a%20solu%C3%A7%C3%A3o%20integral%20do%20m%C3%A9rito%20E2%80%9D.&text=Um%20dos%20deveres%20que%20se,de%20suas%20peti%C3%A7%C3%B5es%20ou%20alega%C3%A7%C3%B5es.>>.</p></div><div data-bbox=)

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 439.

GAJORDONI, Fernando. *Impactos do Novo CPC no processo penal*. GEN Jurídico. 2015. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/05/11/impactos-novo-cpc-processo-penal/>>. Acesso em: 10.08.2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

LIBARD, Nádia Ceccon. *O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado. Diálogos entre o CPC/2015 e o processo penal: o contraditório prévio e o instituto da*

emendatio libelli. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017. p. 451.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2016. p. 142, 149, 151 e 157.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil. Teoria do Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. Pp.241 e 244.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. 1ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC*. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016. p. 529.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed., São Paulo: RT, 2015. p. 37 e 60.

SENRA, Alexandre. SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. *O Processo Penal e a nova disciplina da coisa julgada*. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 433.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil*. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016. p. 79.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *et al. Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 63/64.

PRADO, Geraldo. *Justiça penal consensual*, in: *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, passim.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.36.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* – artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015. p. 56.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP*. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Vol. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460/461.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 246.

O apoio de pessoas com deficiência no Brasil e na Argentina: análise comparativa

Gabriela Azeredo Gusella

Advogada e Professora de Direito Civil e Processo Civil. Mestra em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Penal pela Damásio Educacional (FD). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: gabrielagusella@gmail.com. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/2227092295351720>.

Bruna Figueira Marchiori

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Bolsista de iniciação à Docência na modalidade PAEPE I (UFES); Pesquisadora dos Grupos de Pesquisas "Desafios do Processo" e "Medicina Defensiva". E-mail: brunafigueiramarchiori@gmail.com. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/8474156424355190>. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-1869-0567>.

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutorado concluído em Educação/Currículo Jurídico pelo Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutorado em andamento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Coordenador do Grupo de Pesquisa "Desafios do Processo"; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. Orcid ID: <http://orcid.org/0000-0003-3604-7348>.

1. Introdução.

Foi aprovado na Organização das Nações Unidas, em dezembro de 2006, o texto final da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo. A Convenção de Nova Iorque, como ficou conhecida, foi assinada por pelo menos 160 nações, dentre elas o Brasil e a Argentina. Esse documento possibilitou uma mudança de paradigma no tratamento das pessoas com deficiência nos países signatários, tendo em vista o seu propósito de promover e assegurar o exercício pleno dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando o respeito a sua dignidade e capacidade de autodeterminação.

O artigo 12 da Convenção pode ser apontado como a diretriz seguida pelos legisladores brasileiros e argentinos para a criação da tomada de decisão apoiada e do *apoyo al ejercicio de la capacidad*, respectivamente, pois dispõe sobre a necessidade do reconhecimento isonômico perante a lei da capacidade plena da pessoa com deficiência, devendo os Estados criarem medidas apropriadas para promover o apoio ao seu exercício.

Desse modo, o legislador brasileiro ao introduzir no ordenamento pátrio no artigo 1783-A do Código Civil a medida protetiva judicial alternativa à curatela, denominada Tomada de Decisão Apoiada, visa que a pessoa com deficiência tenha à sua disposição um mecanismo que garantirá o exercício pleno de sua capacidade, por meio de apoios nas decisões que serão por elas tomadas acerca de atos da vida civil. De igual forma e com os mesmos propósitos, foi criada a medida alternativa à curatela introduzida no artigo 43 do Código Civil e Comercial argentino – o *apoyo al ejercicio de la capacidad*.

No que tange à tomada de decisão apoiada, o legislador, diferentemente do que fez com a curatela, não previu o seu procedimento no bojo do Código de Processo Civil, disciplinando-o exclusivamente no artigo 1.783-A do Código Civil, de maneira incompleta, o que acaba dificultando a sua efetiva utilização. Para auxiliar na solução desta problemática, inclusive, já está em trâmite o Projeto de Lei nº 11091/2018 na Câmara dos Deputados, originado do Projeto de Lei de nº 757/2015 do Senado Federal.

Dessa forma, mostra-se oportuna uma pesquisa desse instituto e do seu procedimento especial, por meio da análise das normas heterotópicas e bifrontes que tratam da temática e das propostas de alteração que estão em tramitação.

Quanto ao procedimento do *apoyo*, observa-se que muito embora se trate de um instituto semelhante à tomada de decisão apoiada, o legislador argentino acabou por adotar procedimento diverso, podendo se tratar tanto de uma medida judicial quanto extrajudicial, sendo válido, pois, tecer uma análise comparativa.

Diante de todo exposto, principalmente, levando em consideração a necessidade de um maior detalhamento sobre o procedimento e os efeitos da tomada de decisão apoiada, objetiva-se analisar as experiências legislativas brasileira e argentina, dando enfoque às diferenças e semelhanças do procedimento especial adotado, visando concluir se as inovações introduzidas em ambos os ordenamentos jurídicos são capazes de promover efetiva proteção às pessoas com deficiência.

Para alcançar o objetivo traçado, foi realizada uma pesquisa documental, com base na literatura jurídica e nas legislações argentina e brasileira. Além disso, foram destacados alguns julgados sobre a matéria, que demonstram a tendência inicial de aplicação desses institutos.

2. A tomada de decisão apoiada e o seu procedimento especial no Brasil

A tomada de decisão apoiada recebeu, com a alteração promovida pelo artigo 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, capítulo próprio no Código Civil, qual seja, o Capítulo III, "Da Tomada de Decisão Apoiada", do Título IV, que também teve redação alterada para "Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada" e, passou a ser disciplinada no novel artigo 1.783-A do Código Civil.

O objetivo da criação desse novo instituto, seguindo as diretrizes do artigo 12 da Convenção de Nova Iorque, foi garantir a autonomia da pessoa com deficiência, considerando que este sujeito de direitos plenamente capaz poderá escolher quem irá auxiliá-lo "nos atos de sua vida com base em uma rede de indivíduos no qual ele confia, evitando as situações que o processo de interdição defere a curatela à revelia e muitas vezes contrários ao interesse do curatelado" (AQUINO; TOSTES, 2017, p. 72).

O legislador brasileiro optou pela convivência entre a curatela e o novo modelo, inclusive valendo-se de disposições gerais daquela para a tomada de decisão apoiada (REQUIÃO, 2016, p. 44), de modo que a ação de curatela de interditos passou a ser a exceção no sistema, devendo ser utilizada somente como última opção e em casos excepcionais, nos quais não seja cabível a tomada de decisão apoiada.

Isso fica claro pelo que está estipulado no artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois tendo em vista que a pessoa com deficiência tem assegurado o pleno exercício de sua capacidade, a curatela, enquanto medida protetiva extraordinária, deverá durar pelo menor tempo possível, ficando restringida aos atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando os aspectos existenciais das pessoas com deficiência (artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

A distinção entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, dessa forma, residirá no limite do exercício da autonomia da pessoa com deficiência, visto que quando o comprometimento for reduzido será hipótese de cabimento do processo de tomada de decisão apoiada, enquanto a curatela estabelecida pela interdição será possível diante de uma das hipóteses indicadas no artigo 1.767 do Código Civil (ESTEVES; CRUZ; SILVA, 2016, p. 291).

A tomada de decisão apoiada, segundo consta no *caput* do artigo 1783-A é o processo judicial autônomo, com rito próprio, no qual a pessoa com deficiência, para que possa exercer plenamente seus direitos, irá escolher no mínimo duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e sejam de sua confiança e estas irão lhe prestar apoio, fornecendo elementos e informações necessárias nas decisões que serão tomadas acerca de atos da vida civil.

Observa-se que na tomada de decisão apoiada o apoiador não atuará como representante ou assistente, mas sim, como figura de apoio que garanta a segurança

que a pessoa apoiada requer (DANELUZZI, 2016, p. 74). A pessoa com deficiência, portanto, não perderá ou terá sua capacidade limitada, ao requerer a tomada de decisão apoiada, pois, segundo Nishiyama e Toledo:

(...) não se apresenta a referida medida como causa de suprimento de incapacidades, como a representação e a assistência, na curatela, mas, a validade dos negócios jurídicos intitulados no instrumento constitutivo, dependerá da assistência dos apoiadores. Pensamos tratar-se de uma hipótese de legitimação imposta pela própria pessoa com deficiência, a fim de que tenha mais segurança jurídica diante de suas vulnerabilidades. (2016, p. 47).

Ademais, é válido ressaltar que a tomada de decisão apoiada “não se relaciona, necessariamente, com o portador de transtorno mental, podendo ser requerida por qualquer sujeito classificável deficiente nos termos do Estatuto, incluindo deficiências físicas, mentais, sensoriais e intelectuais” (PEDRINI; COELHO, 2017, p. 50). Trata-se, portanto, “de um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado” (GABURRI, 2017, p. 131) que visa garantir a autonomia da pessoa com deficiência.

O procedimento da tomada de decisão apoiada não foi previsto pelo legislador, como ocorreu com a ação de curatela de interditos, no Código de Processo Civil (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 46), estando disciplinado de forma condensada no artigo 1783-A do Código Civil.

Quanto ao procedimento especial propriamente dito, tem-se, inicialmente, que o advogado ou defensor público da pessoa com deficiência, na petição inicial da ação de tomada de decisão apoiada, que deverá atender aos requisitos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, deve fazer constar o pedido expresso de nomeação dos apoiadores. A competência será da Justiça Comum Estadual, devendo a inicial ser endereçada ao juízo de primeiro grau, sendo o foro competente o do domicílio do requerente, ou seja, da pessoa com deficiência que será apoiada (VIGLIAR, 2018, p. 203).

O pedido de tomada de decisão apoiada somente pode ser requerido pela pessoa com deficiência, uma vez que esta é o único legitimado ativo para propor a ação. Inclusive, embora ainda seja cedo para se falar em jurisprudência pátria, é possível encontrar alguns julgados firmando o posicionamento no sentido de que não há a possibilidade de o pedido ser realizado por outra pessoa, tão quanto de a medida ser instaurada de ofício, exatamente porque a legitimidade ativa é exclusiva da pessoa a ser apoiada e pela necessidade de haver um requerimento expresso. Nesse sentido, destacam-se os

seguintes julgados: AC 0425884-97.2016.8.21.7000 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e AC 0001812-05.2004.8.24.0031 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Ademais, a pessoa com deficiência deve ter total discernimento e contar com 18 anos completos ou, ainda, ser maior de 16 anos e estar emancipada para pessoalmente ter legitimidade processual para requerer a tomada de decisão apoiada (GABURRI, 2017, p. 130-131). Pode-se afirmar, portanto, que considerando a "natureza de ato jurídico voluntário da tomada de decisão apoiada, é requisito *sine quæ non* que a pessoa a ser apoiada tenha discernimento – apesar da deficiência – e, por isso, capacidade para exercer seus direitos e manifestar sua vontade" (SILVESTRE; RODRIGUES; CALIL, 2021, p. 157).

O pedido formulado na exordial, por sua vez, deve ser acompanhado de um instrumento público ou particular reduzido à termo, apresentado pela pessoa com deficiência e seus apoiadores, no qual irá constar os limites do apoio que será oferecido e os compromissos assumidos pelos apoiadores, além do "prazo de vigência do acordo, o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa com deficiência e a indicação expressa de quem são as pessoas aptas para prestar esse apoio", conforme redação dos §§1º e 2º do artigo 1783-A.

Observa-se, assim, que a tomada de decisão apoiada será diferente para cada pessoa, uma vez que os limites do apoio e os compromissos assumidos pelos apoiadores e demais especificidades, serão definidos pelo instrumento reduzido a termo juntado ao pedido inicial da ação específica (AQUINO; TOSTES, 2017, p. 73). Vale ressaltar, ainda, que conforme a nova sistemática processual brasileira, no caso de o juiz verificar que a exordial não preenche os requisitos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, apresentando defeitos ou irregularidades e não esteja acompanhada do instrumento reduzido a termo, ele não poderá indeferir-la de plano, devendo possibilitar à emenda à inicial, no prazo de 15 dias, conforme artigo 321 do mesmo diploma legal.

No tocante aos conteúdos e limites do compromisso assumido, é importante frisar que, muito embora seja um instituto utilizado, *a priori*, para questões de natureza negocial, é possível que o termo de apoio contemple, além dos atos da vida civil de natureza patrimonial, os de natureza existencial, inclusive, envolvendo direitos da personalidade (GABURRI, 2017, p. 131).

Dando prosseguimento ao procedimento, o magistrado, diante de um pedido de tomada de decisão apoiada irá, antes de se pronunciar, assistido por equipe multidisciplinar, após manifestação do Ministério Público, fazer a oitiva pessoal do requerente e dos apoiadores (§3º do artigo 1783-A). A possibilidade de concessão de tutela de urgência de forma liminar na tomada de decisão apoiada será reduzida, uma vez que, em se tratando de pessoa plenamente capaz e pelo fato de a decisão ser por

ela tomada, mostra-se oportuno aguardar a oitiva e manifestação do Ministério Público antes do magistrado se pronunciar. Nesse sentido foi o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede do julgamento do Agravo de Instrumento 0339809-21.2017.8.21.7000.

Ademais, a participação obrigatória do Ministério Público, demonstra que os interesses tutelados são indisponíveis, no que se refere à condição de vulnerabilidade dos apoiados (VIGLIAR, 2018, p. 201). A decisão que for tomada pela pessoa com deficiência apoiada tem validade e produz efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que não ultrapasse os limites do acordo de apoio estabelecido (§4 do artigo 1783-A). Além disso, o terceiro que possuir alguma relação comercial com o apoiado pode solicitar que os apoiadores contrassinem os acordos e contratos firmados, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (§5 do artigo 1783-A), “o que gera maior segurança jurídica junto ao negócio celebrado” (OLIVEIRA, 2017, p. 55), de modo a reforçar sua validade, evitando alegações futuras de eventual nulidade.

Segundo o §6 do artigo 1783-A, caso o negócio jurídico possa trazer qualquer risco ou prejuízo relevante e havendo divergência de opinião entre o apoiado e um de seus apoiadores, o magistrado decidirá sobre a questão. Todavia, o dispositivo legal não especifica o sentido da expressão “risco ou prejuízo relevante”, o que pode gerar insegurança jurídica na sua aplicação.

Os apoiadores não podem agir com negligência, pois se assim o fizerem, exercendo pressão indevida ou não adimplindo com as obrigações assumidas, podem ser denunciados ao Ministério Público ou ao juiz, que no caso de procedência, irá destituir o apoiador e nomear outro, respeitando a vontade do apoiado (§§7º e 8º do artigo 1783-A).

Embora tenha prazo de duração estipulado, a pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado no processo judicial e, de igual forma, o apoiador pode solicitar ao juiz a sua exclusão do processo. Entretanto, no caso do apoiador, seu desligamento estará condicionado à manifestação do magistrado sobre o pedido (§§ 9º e 10º do artigo 1783-A). Os apoiadores, ao assumirem compromisso formal perante à Justiça, devem prestar contas, sob pena de destituição e responsabilização nas esferas cível e penal (ARAUJO; COSTA FILHO, 2015, p. 70-71), de modo que o procedimento seguirá, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas da curatela (§11 do artigo 1783-A).

Quanto aos casos anteriores à legislação, nos quais a curatela de interditos tenha sido a medida adotada, pela ausência de previsão da tomada de decisão apoiada, tem-se que “em respeito a coisa julgada, como a interdição decorre de sentença, não se pode afirmar que os interditos que são deficientes mentais e intelectuais estarão automaticamente livres dela” (CASSETTARI, 2016, p. 265), será preciso que os

interditados ingressem com pedido de levantamento da interdição e requeiram, posteriormente, a tomada de decisão apoiada. Entretanto, não sendo o caso de tomada de decisão apoiada:

(...) a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca ao termo de curatela, que deverá expressamente consignar os limites de atuação do curador, o qual auxiliará a pessoa com deficiência apenas no que toca à prática de atos com conteúdo negocial ou econômico (THOMASI e SILVA, 2017, p. 98).

Além disso, no caso de perda da capacidade da pessoa com deficiência durante a vigência do termo de apoio, a tomada de decisão apoiada será extinta e deverá ser requerida a curatela do incapaz (GABURRI, 2017, p. 132).

O Projeto de Lei nº 11091/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados, originado do Projeto de Lei de nº 757/2015 aprovado no Senado Federal, pretende solucionar algumas problemáticas, principalmente, no que diz respeito aos efeitos e ao procedimento da tomada de decisão apoiada.

O artigo 8º do Projeto de Lei aprovado no Senado Federal pretende inserir três novos parágrafos (§12 ao §14) ao artigo 1783-A do Código Civil e, além disso, o artigo 9º visa a acrescentar o artigo 763-A no Código de Processo Civil.

Dispõe o §12 do artigo 8º: “Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo” (BRASIL, 2015, p. 23). Segundo a redação que possui até o momento, o dispositivo pretende dirimir qualquer dúvida que possa existir acerca da tomada de decisão apoiada no sentido de que a decisão é tomada pela pessoa apoiada, que é plenamente capaz, não podendo, portanto, ser alegada por terceiros eventual invalidade ou nulidade dos negócios jurídicos praticados, ainda que os apoiadores não participem ou não contrassinem o negócio firmado. O §13 proposto, assim como o §12, também visa reforçar algo que já está claro na literatura jurídica: a curatela deve ser adota em casos excepcionais. Afirma o §13: “Excepcionalmente, não será devida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela” (BRASIL, 2015, p. 23).

No que tange à inclusão do §14 no artigo 1783-A, por sua vez, tem-se que: “A tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais” (BRASIL, 2015, p. 23).

Flávio Tartuce sustenta que o registro e averbação no Registro Civil seria um “requisito formal dispendioso e desnecessário” (2016, p. 14). Entretanto, entende-se que esta

medida é necessária, pois a “previsão expressa de registro no Registro Civil, como forma de publicizar uma situação que é de evidente interesse de terceiros que forem entabular negócios jurídicos com a pessoa” (PASSARELLI, 2016, p. 373) apoiada, traria maior segurança jurídica à tomada de decisão apoiada.

Por fim, é proposta a inclusão do artigo 763-A no Código de Processo Civil, que dispõe: “Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada. Parágrafo único. Se o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, definir a curatela” (BRASIL, 2015, p. 23).

Quanto a este dispositivo, além de explicitar que as disposições processuais sobre interdição, curatela e tutela serão aplicadas, no que couber, à tomada de decisão apoiada, traz uma importante inovação no parágrafo único, qual seja, a possibilidade de o juiz, diante de um pedido de decisão apoiada em que não estiverem presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, definir a curatela.

Observa-se, assim, que o Projeto de Lei nº 11091/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados, originado do Projeto de Lei de nº 757/2015 do Senado Federal, é um passo importante para que a tomada de decisão apoiada possa vir a ser utilizada com maior segurança, diante das complementações propostas ao instituto, que visam à harmonização do sistema jurídico.

3. O *apoyo al ejercicio de la capacidad*: do Direito argentino

Um novo Código Civil e Comercial argentino foi promulgado em 2015, e passou a vigor em 2016. Dentre os desafios a serem enfrentados pela nova legislação, encontrou-se o tratamento legal do regime de capacidades e a tutela dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido, foi criado o procedimento da ação de *apoyo al ejercicio de la capacidad*, instituto análogo à tomada de decisão apoiada brasileira, que também foi inspirado pelo artigo 12 da Convenção de Nova Iorque. No artigo 43 do Novo Código, a finalidade do instituto se apresenta de forma clarividente:

Artículo 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales

conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

No código anterior, assim como acontecia no Direito brasileiro em momento anterior à ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a estipulação da curatela era a regra e a figura do curador mostrava-se como elemento limitador da manifestação de vontade e da livre determinação das pessoas com deficiência intelectual (CAPPELLO, 2016, p. 48). Contudo, assim como ocorreu no Brasil, a curatela passou a ser estabelecida no direito argentino como medida excepcional, que deve ser utilizada apenas nas situações em que o *apoyo* não se mostre a ferramenta mais apropriada.

Enquanto na legislação brasileira somente a própria pessoa com deficiência é legitimada para solicitar a tomada de decisão apoiada, no direito argentino são legitimados para requerer o *apoyo* tanto o interessado quanto seu cônjuge, companheiro, parente até quarto grau, ou se forem por afinidade, até o segundo grau, e o Ministério Público, conforme artigo 33 do Código Civil e Comercial. Ademais, o próprio juiz indicará quais atos necessitarão do recurso ao apoio, não sendo estes requeridos, conforme no direito brasileiro, mediante a juntada do instrumento reduzido à termo.

Outro importante aspecto a ser analisado se refere à natureza do procedimento. A tomada de decisão apoiada, instituída no artigo 1783-A do Código Civil brasileiro, apresenta natureza de jurisdição voluntária, não sendo expressamente regulada a possibilidade da sua instituição por procedimento extrajudicial. De forma menos restritiva, o *apoyo* apresenta-se no artigo 43 do Código argentino como qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que necessite de apoio para o exercício de seus direitos.

Sobre sua possibilidade enquanto procedimento extrajudicial, tem-se que:

En cuanto a la primera, surge de la misma comunidad, es decir, el apoyo surge de la relación de la persona con discapacidad con sus pares, de parte de quienes recibe el apoyo para la toma de decisiones, no desarrollándose solamente en su grupo familiar más cercano, sino también extendiendo dicha posibilidad a los que no se encuentran en línea de grado mas próximo. Esta normalización significa un gran avance respecto de la manera en la que se trataba el tema de la representación, ya que muchas veces ese lugar quedaba ocupado o a cargo de personas que en la mayoría de las veces no habían tenido contacto alguno con quien representaban, no conocían sus sentimientos y su manera de pensar (CAPPELLO, 2016, p. 54).

Marta Lucila Alejandra Torres Raineri, Amanda Elizabeth Palacios e Mónica Elisa Closs (2017, p. 5) afirmam que a medida extrajudicial poderá ser realizada por meio de instrumento público ou privado, respeitando-se as exigências típicas dos atos jurídicos. Considerando que a instituição da tomada de decisão apoiada no Brasil é realizada apenas pela via judicial e que esta mostra-se custosa, burocrática e, portanto, mais demorada, a possibilidade de a medida ser realizada extrajudicialmente parece ser, *a priori*, mais eficiente.

Observa-se, entretanto, que assim como no direito brasileiro, o legislador argentino não foi tão minucioso ao trazer, junto à inovação, disposições mais claras sobre o procedimento adotado, como por exemplo, indicar explicitamente em que casos deverá ser extrajudicial ou judicial, já que traz as duas possibilidades procedimentais para instituição do *apoyo*. Principalmente, tendo em vista que se trata de uma medida protetiva e, portanto, deve garantir efetivamente a proteção das pessoas com deficiência que dela farão uso.

Outro elemento de distinção entre os modelos argentino e brasileiro refere-se à quantidade de apoiadores. O *Código de la Nación Argentina* estabelece, em seu artigo 32, que o apoio pode ser fornecido por um único indivíduo ou mais de uma pessoa. Por sua vez, a lei brasileira exige claramente em sua redação a necessidade de se indique, pelo menos, dois apoiadores.

Essa exigência estabelecida no artigo 1783-A do Código Civil brasileiro é criticada por Anderson Schreiber (2016), que alerta para o fato de que a condição estabelecida no dispositivo legal poderá ser elemento complicador para o emprego do instituto. A crítica subsiste no fato de que, havendo apenas uma pessoa de confiança da pessoa com deficiência, que preencha satisfatoriamente os três pressupostos legais para qualificação como apoiador, a saber, idoneidade, confiança e vínculo com o futuro apoiado, ele não poderá se valer do instituto, devendo buscar outro indivíduo para se adaptar à exigência legal. Por sua vez existem também dificuldades a serem enfrentadas por parte do apoiador, na medida em que, apesar de possuir relação de confiança com o apoiado, pode se sentir provocado a declinar do exercício do apoio por não se mostrar confortável em realizá-lo de forma conjunta a outra pessoa, com quem não possui forte vínculo.

No que tange ao registro, estabelece o Código Civil e Comercial da Argentina, em seu artigo 43, que as medidas de *apoyo* deverão passar por inscrição no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas. Por sua vez, o Projeto de Lei nº 11091/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados brasileira visa alterar o artigo 1783-A do Código Civil pátrio para adicionar o §14 no qual se estabelecerá o não registro nem averbação da tomada de decisão apoiada no Registro Civil de Pessoas Naturais. Mais acertada é a

legislação argentina, pois, muito embora a decisão seja da pessoa com deficiência, enquanto plenamente capaz, a averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais garantiria uma maior publicidade da medida.

Um aspecto relevante em relação ao procedimento judicial do *apoyo* se encontra na materialização da presunção da capacidade da pessoa em âmbito processual, quando afirma o Código da Nação, em seu artigo 31, que a pessoa, mesmo quando internada em estabelecimento assistencial de saúde, tem direito a participar do processo. Estabelece o artigo 36 que a pessoa que em cujo interesse o processo é levado adiante é parte e pode apresentar todas as provas para a realização de sua defesa. Uma análise cuidadosa do instituto demonstra sua preocupação na garantia de tutela de direitos, buscando afastar exigências de cunho formal que inviabilizem a concretização da tutela buscada. Para tanto, assegura o artigo 35 do Código da Nação a possibilidade de que o juiz realize ajustes e adequações ao procedimento de acordo com as circunstâncias do caso concreto para que se garanta “a bilateralidade em relação a todas as partes” (BERIZONCE, 2015, p. 180). Nesse sentido, pelo menos um advogado e um membro do Ministério Público deverão estar presentes nas audiências para que se preste assistência à parte interessada.

A fundamentação da sentença deve se embasar em parecer proferido por equipe interdisciplinar, juntamente com outros elementos de prova (como prova testemunhal e documental). No que se refere especificamente à opinião desta equipe, pode-se afirmar que:

El dictamen de un equipo interdisciplinario, imprescindible a los fines de la fundamentación de la sentencia, ha de versar sobre: a) diagnóstico y pronóstico de la adicción o alteración mental, especificando si es permanente o prolongada, gravedad y si, en su caso, del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona en el sentido del art. 32; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37). Ha de convenirse que el primer y fundamental aspecto del diagnóstico y pronóstico de la dolencia, resulta como regla de exclusiva incumbencia de los médicos psiquiatras; a salvo algunos supuestos en que pudiere requerirse dictamen de psicólogo. Y lo propio acaece con relación a la determinación de la época en que se manifestó la dolencia y en punto al régimen que se propone para la protección, asistencia y promoción de la autonomía. En cuanto a la cuestión restante, relativa a los recursos personales, familiares y sociales existentes, serán de competencia de un asistente social (BERIZONCE, 2015, p. 180).

De forma adicional, deverá haver revisão judicial das decisões proferidas no âmbito dos processos relativos ao exercício da capacidade jurídica ou à implementação de sistemas de apoio e salvaguardas em um prazo não superior a três anos ou, se necessário, em um prazo inferior. Segundo Susana Beatriz Cerda (2016, p. 77), parte da literatura estabelece críticas a esse dispositivo, por ser elemento de burocratização do procedimento, bem como por se mostrar instrumento de nova vitimização da pessoa com deficiência em casos nos quais não haveria tal necessidade.

As inovações do Código Civil e Comercial argentino são recentes, e, portanto, não se pode falar em jurisprudência sólida sobre o *apoyo*. Todavia, uma análise de julgados sobre a declaração de capacidade revela significativa virada interpretativa, com o surgimento de sentenças focadas na garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido:

Este cambio rotundo que plantea una visión más humanista y puramente relativa al ámbito de los derechos humanos, ha generado en el poder judicial una revisión de las sentencias y ha implicado también, el estudio de diferentes instrumentos y del propio Código Civil y Comercial, que hoy en día podemos apreciar en diversos fallos (AWE, 2016, p. 50).

Para Carlos Muñiz (2012, p. 157) as maiores falhas não estão no que a lei diz, mas no que ela não diz. Crítica semelhante pode ser oposta ao modelo brasileiro de tomada de decisão apoiada. O procedimento já nasceu incompleto, sendo, inclusive, alvo de propostas de modificação legislativa. Ademais, o sistema desenvolvido no Brasil mostra-se evidentemente abstrato e formal, não enfrentando com propriedade questões práticas e a criação de medidas de funcionalização dos valores do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que, pode desestimular o seu uso e criar problemas de operabilidade.

Vê-se, portanto, pelos elementos analisados, que o *apoyo* mostra-se a figura mais próxima da tomada de decisão apoiada brasileira (MENEZES, 2017, p. 43) e mesmo sendo passível de críticas, demonstra ser, *a priori*, instrumento mais efetivo na tutela dos direitos das pessoas com deficiência, pois os mecanismos criados buscam fornecer soluções mais rápidas e acessíveis, o que favorece a sua aplicabilidade (SAMPAIO JÚNIOR; PAULINO, 2016, p. 176).

4. Conclusão

A tomada de decisão apoiada brasileira e o *apoyo al ejercicio de la capacidad* argentino são instrumentos de fundamental importância para a tutela dos direitos das pessoas

com deficiência. Ambos os institutos, seguindo os ditames do artigo 12 da Convenção de Nova Iorque, constituem medidas apropriadas para promover o acesso das pessoas com deficiência a todo tipo de apoio que venham a necessitar para o exercício pleno de sua capacidade.

Entretanto, esta pesquisa revelou que poderiam ter sido melhor delimitados pelo legislador, em especial no tocante ao procedimento, pois a legislação incompleta pode gerar insegurança jurídica e desestimular a utilização dos institutos. Ademais, dentre os aspectos que merecem destaque na legislação brasileira, observa-se que houve um maior respeito à autonomia e autodeterminação da pessoa com deficiência, na medida em que foi estipulada a legitimidade ativa exclusiva da pessoa com deficiência, bem como foi delegado a ela a tarefa de formular mediante termo particular ou público os limites do apoio e os compromissos que serão assumidos pelos apoiadores.

No tocante à legislação argentina, o fato de o *apoyo* constituir uma medida judicial ou extrajudicial, possivelmente garantirá uma maior utilização do instituto, na medida em que a longa duração de um processo judicial e os altos custos dele decorrentes, podem ser fatores a desestimular sua utilização pelas pessoas com deficiência que pretendem ser apoiadas.

É importante que o legislador venha a corrigir as eventuais falhas e omissões observadas, principalmente no que tange ao procedimento de ambos os institutos, como, inclusive, já está tentando ser realizado no Brasil por meio do Projeto de Lei nº 11091/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados.

Além disso, a literatura jurídica e, em um segundo momento os Tribunais terão forte influência nos dois países na mitigação das falhas específicas dos institutos a partir de uma interpretação diligente e que vislumbre garantir maior funcionalidade ao *apoyo* e à tomada de decisão apoiada. Assim, poderá se operacionalizar estes institutos que possuem grande valia na tutela dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto sujeitos de direito plenamente capazes.

5. Referências

AQUINO, Leonardo Gomes de; TOSTES, Camila Strafacci Maia. A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75, p. 63-77, mar., 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O estatuto da pessoa com deficiência – EPCD (lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 962, p. 65-80, Dez., 2015.

AWE, S. Marina. *El nuevo paradigma en Salud Mental: adiós al binomio capacidad-incapacidad*. 58 f. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidad Nacional de Rio Negro, Viedma.

BERIZONCE, Roberto O. Normas Procesales en el Código Civil y Comercial. Personas con capacidades restringidas. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, p. 175-182, Nov., 2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Diário do Senado Federal nº 195 de 2015*. 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios>> Acesso em: 24 Abr. 2020.

BRITO, Alejandro Guzmán. *Historia de la Codificación Civil em Iberoamérica*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

CAPPELLO, Maria Florencia et al. *El acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el régimen jurídico argentino*. 2016. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidad Siglo 21, Córdoba.

CASSETTARI, Christiano. Os desafios impostos pelo estatuto da pessoa com deficiência em razão das modificações na teoria das incapacidades e os seus reflexos a atividade de registradores e notários. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 259-272, Jan./Jun., 2016.

CERDA, Susana Beatriz et al. *Personas con discapacidad: acceso a la justicia en el nuevo código civil y comercial*. 2016. 88 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidad Siglo 21, Córdoba.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66, p. 57-82, Abr./Jul., 2016.

ESTEVES, Diogo; CRUZ, Elisa Costa; SILVA, Franklyn Roger Alves. As consequências materiais e processuais da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência e o papel da defensoria pública na assistência jurídica das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*, v. 258, p. 281-314, Ago., 2016.

FERREIRA, Waldemar. Teixeira de Freitas e o Código Civil argentino. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 25, p. 181-186, 1929.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135, jun., 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/304>> . Acesso em: 21 maio 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de

Inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 9, n. 03, 2017.

MUÑIZ, Carlos. *Personas con discapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental en el anteproyecto de Código Civil y Comercial*, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/personas-incapacidad-capacidad-restringida.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 35-62, dez., 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. O estatuto da pessoa com deficiência (lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 76, p. 49-58, Abr., 2017.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Estatuto da pessoa com deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 345-385, Jan./Jun., 2016.

PEDRINI, Tainá Fernanda; COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. A modificação da teoria das capacidades diante da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Processual Civil. *Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil*, v. 1. n. 2. p.37-55, 2017.

RAINERI, Marta Lucila Alejandra Torres; PALACIOS, Amanda Elizabeth; CLOSS, Mónica Elisa. Capacidad restringida. Análisis del artículo 43 sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad del Código Civil y Comercial, Ley 26994–propuestas. 2017. 11 f. *XXVI Jornadas de Argentinas de Derecho Civil - La Plata*, Buenos Aires.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan./mar., 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto; PAULINO, Daniella Bernucci. O sistema de incapacidades no direito civil brasileiro e argentino. *Anais XXV Congresso do CONPEDI, Direito Civil Constitucional*, Florianópolis, v. 1. p. 158-177, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade. *Carta Forense*, 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforens.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 15 maio 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; ABELHA RODRIGUES, Guilherme Santos Neves; CALIL, Igor Gava Mareto. Aspectos materiais e processuais da *amministrazione di sostegno* italiana: comparações com a Tomada de Decisão Apoiada brasileira. *Revista Direito Em*

Debate, Ano XXX, n. 55, p. 145-162, jan./jun., 2021. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>> Acesso em: 05 Ago. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Parecer. Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil*, 2016. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4374546&ts=1528372833873&disposition=inline&ts=1528372833873>>. Acesso em: 10 maio 2018.

THOMASI, Tanise Zago; SILVA, Karlison Daniel Souza da. A interdição e os reflexos da lei 13.146/2015. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 86-85, jan./jun., 2017.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tomada de decisão apoiada: aspectos sobre a confiança e vontade da pessoa com deficiência. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 8, p. 199-215, Jan./Mar., 2018.

Tutela da integridade física e da liberdade religiosa: direito à vida e ao corpo. Doação e transplante de órgãos

Gabriel Pereira Garcia

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Advogado.

1. Direito à vida e ao corpo.

O direito a vida é o principal bem jurídico tutelado dentro do ordenamento jurídico, ao passo que é imprescindível para a caracterização dos demais direitos, dentre eles a dignidade, a integridade física do corpo e as liberdades, inclusive a religiosa.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida¹ afirma que o direito à vida é denominado como "direito condicionante, já que dele dependem os demais. (...) Ainda que o direito à vida não fosse tutelado pelo sistema jurídico, sua natureza de Direito Natural legitimaria a imposição *erga omnes*".

Sem a vida não haveria em que se falar em integridade física, liberdade, doação ou transplante de órgãos, fatos jurídicos que tendem a resguardar e garantir existência digna aos seus beneficiários.

A vida é um dos direitos fundamentais expressos em nossa Constituição, trata-se de cláusula pétrea formalizada no art. 5º, caput, CF/1988², tratada como um direito inviolável. Tal proteção é percebida tanto na garantia de continuação de uma vida já existente (direito de não ser morto, salvo em caso de guerra declarada)³ e de existir de forma digna.⁴

Como cláusula pétrea, não pode ser modificada nem pelo complexo processo de emenda constitucional, sob pena de verdadeiro retrocesso jurídico.

A vida deve existir de maneira digna, garante-se, portanto, as necessidades básicas como (incolumidade física, saúde, moradia, educação, alimentação) que formam o chamado mínimo existencial, enquanto condições impostas à existência de vida digna.

¹ Silmara J. A. Chinelato e Almeida em Bioética e direitos de personalidade do nascituro, disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>, acesso em 28/11/2017.

² Constituição Federal, Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³ Constituição Federal, Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Editora Saraiva. 2015

No que tange ao início da vida, temos diversas acepções, dentre elas a médica, religiosa e jurídica. Por exemplo, na religião católica que detém maioria de crença no Brasil, é defendida a teoria da concepção com vida intrauterina, mas sem o nascimento, tanto é que condena o aborto e medidas abortivas como uso de medicamentos após a relação sexual.

Na medicina a controvérsia também é vista, há médicos que defendem o início da vida a partir da concepção, da fecundação, da nidação (fixação do embrião no útero), ou, ainda, após o sistema nervoso ter se formado.

Juridicamente, temos três fortes teorias: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a concepcionista, vejamos:

A teoria natalista, defende, em síntese, que a vida só começa a partir do nascimento (fora do útero) e com funcionamento do sistema cardiorrespiratório, pela qual o nascituro teria, tão somente, expectativa de direitos. Tal teoria é defendida por autores consagrados, como Sílvio Rodrigues⁵ e Caio Mário da Silva Pereira⁶

Já a teoria da personalidade condicional, defende que, nascendo com vida, a personalidade jurídica passaria a existir com proteção retroativa à sua concepção, sendo condição para tal proteção a vida intrauterina o seu nascimento com vida, ou seja, o nascituro está amparado em seus direitos, mas com uma condição suspensiva (a partir do nascimento com vida). Tese defendida por Clóvis Beviláqua e Washington de Barros Monteiro. Flávio Tartuce⁷, faz importantes considerações sobre esta teoria:

“O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos à condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.”

Para Carlos Roberto Gonçalves, a tese da condição é um mero desdobramento da teoria natalista⁸, ao passo que a finalidade protetiva teria a mesma eficácia desta tese

⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume I: parte geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012,

(natalista), vez que somente garante proteção de direitos a partir do nascimento com vida (efetivação da condição).

Por sua vez, a teoria concepcionista, considera que há vida intrauterina de titularidade do nascituro, que deve ser protegida a partir da concepção, ou seja, há proteção da vida e de outros direitos extrapatrimoniais, ainda que dentro do útero da genitora.

O nascituro é sujeito de direito, independente de seu nascimento com vida, tal fato somente implicaria nos efeitos patrimoniais da proteção. Por expressa previsão legal (art. 2º do código civil brasileiro), discorre que a vida começa a partir do nascimento (teoria natalista), pois tem personalidade jurídica e passa a ser considerado pessoa com o nascimento e funcionamento do aparelho cardiorrespiratório.

No entanto, a lei civil, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, tendo em vista a sua expectativa de vida. Assim, é pressuposto da personalidade humana o seu nascimento com vida, até mesmo porque, como frisado, sem vida não há que se falar em personalidade.

Destarte o Código Civil brasileiro marca o início da personalidade com o nascimento e não o início da vida. Não obstante, devemos dar uma roupagem constitucional ao direito civil por meio de uma interpretação harmônica entre os diplomas legais. Assim, o direito a vida deve ser compreendido de maneira ampla em sua proteção e resguardado ao máximo, justamente para que os demais direitos possam existir e ser exercidos.

Com efeito, deve-se tutelar também aquele que vai nascer, havendo vida intrauterina e vida extrauterina. Neste sentido a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário, garante o direito a vida desde a concepção, em seu art. 4º.⁹

Pela teoria da concepção (crescente na doutrina e na jurisprudência pátria), o nascituro, que deriva do latim *nasciturus*, designa quem há de nascer¹⁰ é considerado pessoa, ainda que não tenha nascido, merece a devida tutela pelo direito posto. Maria Helena Diniz aduz o nascituro como "Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo"¹¹.

Tal proteção é claramente observada em alguns dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico, em especial, do Código Civil de 2002 e da Lei nº 8.069/1990, que permitem ao nascituro ter reconhecida sua filiação e protegem a vida e a saúde do nascituro, com assistência pré-natal.

⁹ Art. 4º Direito à vida. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969.

¹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p. 1051.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 378

Conforme assevera Silmara J. A. Chinelato, ao tratar da proteção a vida intrauterina no direito Norte Americano:

“proteção à saúde e à vida pré-natal é reconhecida pelo Direito Norte-Americano, não obstante consagre a liberalização do aborto, o que parece um contra-senso, já apontado por diversos autores. Cumpre observar a tendência atual de restringir tal direito o que é demonstrado pelas decisões posteriores ao caso *Roe v. Wade*, de 1971 (...) Mesmo esta decisão reconhece que o aborto não é um direito absoluto pois devem ser considerados outros interesses. Em nome destes têm sido autorizados hospitais a fazer transfusões de sangue no feto, sem considerar as objeções religiosas dos pais. O direito à saúde e à vida do nascituro, nessas circunstâncias, tornam-se superiores ao direito de liberdade.”¹²

No Brasil, em alguns julgados, há fixação de dano moral ao nascituro pela morte de seu genitor, antes de seu nascimento com vida. Outro exemplo corriqueiro na rotina forense é a fixação de alimentos gravídicos, previsto na Lei 11.804/2008, dirigidos à proteção do nascituro, portanto, goza de proteção a direitos eminentemente patrimoniais, conforme expressão dos Artigos 542 e 1.798 do CC/02, pelos quais admite-se o recebimento de doação e herança. Há que se falar, ainda, na criminalização do aborto, prevista no art. 124, do Código Penal, a fim de resguardar a vida intrauterina. A partir do princípio da máxima efetividade toda norma que contenha direitos ou garantias fundamentais devem ser interpretadas e aplicadas para que impliquem em maior proteção ao direito tutelado. Nesse viés, o direito a vida deve ser interpretado da maneira mais ampla possível, alcançando também a vida pré-natalina para que gere uma vida, admitida, ainda, a concepção *in vitro* (fora do ventre materno)¹³ e pós-nascimento, como direito de continuar a existir (não morrer) e com dignidade.

¹² Silmara J. A. Chinelato e Almeida em *Bioética e direitos de personalidade do nascituro*, disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>, acesso em 28/11/2017.

¹³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sustenta que “o conceito tradicional de nascituro – ser concebido e ainda não nascido – ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o locus da concepção. O conceito de nascituro abarca, portanto, o conceito de embrião, sendo desastrosa a separação jurídica ou legislada dos termos, pois que pode trazer mais confusão do que solução, pela interpretação (errada) de que sejam diferentes casos. Embrião, afinal, é singularmente um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro. Ainda que não implantado, o embrião está concebido e, desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, eis que o art. 1.798 do Código Civil admite estarem legitimados a suceder não apenas as pessoas nascidas, mas também aquelas concebidas ao tempo da abertura da sucessão” (*As inovações biológicas e o direito das sucessões*. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Interpretação do

De acordo com a doutrina majoritária, o nascituro deve ser compreendido após o início da gestação, ou seja, com a nidação haveria o início da gravidez e a existência do nascituro.¹⁴

Assim, a partir da concepção o corpo deve receber a tutela da sua existência com vida, ainda que intrauterina. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3510/DF, contra a Lei 11.105/05, Lei de Biossegurança, argumentou sobre o início da vida e seus consectários jurídicos, diante de uma visão mais ética e instrumental do processo.

A ADI 3510/DF encampava a tese de que o embrião, desde sua concepção, ainda que *in vitro*, representa a existência de vida, devendo obter tutela judicial para preservar sua dignidade e incolumidade, não sendo objeto de pesquisas científicas e tratamentos médicos mesmo que congelados há três anos ou mais e com anuência dos pais, conforme previsão do art. 5º, incisos e parágrafos, da Lei 11.105/2005, pois iria de encontro à dignidade humana.

Após muito debate em audiências públicas, com oitiva de diversos setores da sociedade civil que trouxeram informações técnicas e científicas para o Tribunal. As Ministras Ellen Gracie e Carmen Lúcia, arguíram que o descarte de do material biológico iria formar um "lixo humano", e que seria melhor sua utilização em fins de pesquisa, vez que inutilizados para fins de procriação.

O relator, Ministro Carlos Ayres Brito, concluiu que "nascituro é quem já está concebido e que se encontra no ventre materno, não em placa *de petri*" (...) "embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se transforma em feto este recebe tutela jurisdicional". Para os Ministros, a vida tem início *in ventre* e não *in vitro*, o liame definidor é a vida intrauterina com condições de se desenvolver, o que não ocorreria *in vitro*.

Já no Superior Tribunal de Justiça, conforme informativo 547 do STJ do julgamento do REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014, deferiu o recebimento de seguro DPVAT por um aborto sofrido pela genitora em razão de acidente de trânsito. O benefício foi deferido, sob o argumento de que o ordenamento jurídico como sistema, alinha-se mais à teoria concepcionista.¹⁵

Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional, sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006).

¹⁴ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO REFERENTE AO SEGURO DPVAT EM DECORRÊNCIA DE MORTE DE NASCITURO. A beneficiária legal de seguro DPVAT que teve a sua gestação interrompida em razão de acidente de trânsito tem direito ao recebimento da indenização prevista no art. 3º, I, da Lei 6.194/1974, devida no caso de morte. O art. 2º do CC, ao afirmar que a "personalidade civil da pessoa começa com o nascimento", logicamente abraça uma premissa insofismável: a de que "personalidade civil" e "pessoa" não caminham umbilicalmente juntas. Isso porque, pela construção legal, é apenas em um dado momento da existência da pessoa que se tem por iniciada sua personalidade jurídica, qual seja, o nascimento. Conclui-se, dessa maneira, que, antes disso,

Portanto, pode-se concluir que a proteção à vida tem lugar a partir da concepção do embrião dentro do ventre materno com geração do feto, quando passa a exercer titularidade de direitos da personalidade.¹⁶ Assim, formalmente, é titular de direitos e

embora não se possa falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa. Caso contrário, não se vislumbraria qualquer sentido lógico na fórmula “a personalidade civil da pessoa começa”, se ambas – pessoa e personalidade civil – tivessem como começo o mesmo acontecimento. Com efeito, quando a lei pretendeu estabelecer a “existência da pessoa”, o fez expressamente. É o caso do art. 6º do CC, o qual afirma que a “existência da pessoa natural termina com a morte”, e do art. 45, caput, da mesma lei, segundo o qual “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Essa circunstância torna eloquente o silêncio da lei quanto à “existência da pessoa natural”. Se, por um lado, não há uma afirmação expressa sobre quando ela se inicia, por outro lado, não se pode considerá-la iniciada tão somente com o nascimento com vida. Ademais, do direito penal é que a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia. É que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida”. Assim, o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela maioria doutrina contemporânea. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do art. 3º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. REsp 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.

¹⁶ BRASIL. Informativo STF, Brasília, 26 a 30 de maio de 2008 - Nº 508. ADI e Lei da Biossegurança - 7

O relator reconheceu, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo-pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei 10.406/2002 (Código Civil), da Lei 9.434/97, e do Decreto-lei 2.848/40 (Código Penal), que tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando, que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. Aduziu que a lei em questão se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto. Afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização in vitro, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal dispõem que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar.

ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510)

tem proteção também o corpo físico que a vida habita e ser tutelada desde a concepção, até o envelhecimento e a morte.

Com isso, a vida abarca uma elevada gama de direitos relacionados intrinsecamente a vida digna, como alimentos, habitação, planejamento familiar, educação, saúde, assistência médica, integridade física, dentre outros.

2. Direito ao corpo e integridade física

Bem, os direitos da personalidade, visam, em regra, garantir a dignidade da pessoa humana, compreendendo seu corpo, sua mente e seu espírito com proteção a integridade física, moral, intelectual e espiritual, respectivamente.

O corpo é o elemento que torna possível ao ser humano existir fisicamente, dá tangibilidade aos aspectos pessoais do ser perante o mundo em que vive, é o meio pelo qual suas vontades são externalizadas.

Daí surge o direito ao corpo como uma das facetas dos direitos da personalidade. A integridade física da qual faz parte o direito à vida e o direito ao próprio corpo tem proteção jurídica enquanto ser vivo ou morto. Na verdade, como salienta Maria Helena Diniz, protege sua inviolabilidade¹⁷, englobando tudo que é relacionado ao corpo humano, tais como utilização em experimentos médicos, científicos, tatuagem, mutilação, utilização de adereços, altruísmo, cultos religiosos, doação de órgãos, tecidos biológicos, transfusão de sangue e até sobre seu sepultamento.

Com efeito, a tutela jurisdicional da integridade física é, muitas vezes, mais complexa que as relações jurídicas inerentes à proteção moral ou intelectual. O embate e a ponderação entre o direito à vida, direito ao corpo, integridade física e à liberdade religiosa (integridade psíquica, pois decorre da vontade ou opção intelectual do indivíduo), influencia diretamente no seu corpo e será objeto de estudo adiante.

Conforme ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁸ as condutas contrárias ao corpo e à integridade física são tuteladas pelo direito, inclusive com implicações penais graves:

“o direito ao corpo diz respeito à proteção destinada à vida humana e a integridade física, englobando o corpo vivo, bem assim como o cadáver (direito ao corpo morto).

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson e FARIA, Cristiano Chaves. Direito Civil – Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2012.

A lei Penal, tutelando a integridade física humana, pune, em seus arts. 121 a 128, as condutas contra a vida, tipificando criminalmente (...) o homicídio, o auxílio, induzimento e instigação ao suicídio, o infanticídio e o aborto, além do delito de lesões corporais (art. 129)”

Na Lei civil a integridade ou incolumidade física é tutelada de maneira expressa no Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 13,14 e 15, vejamos:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

A personalidade jurídica se encerra com a morte, conforme preceitua o art. 6º do Código Civil, no entanto, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana, o corpo, ainda que sem movimento ou vida, deve ser preservado, sendo um dos reflexos pós-morte dos direitos da personalidade, havendo direitos inerentes ao cadáver, isso porque a integridade física tutela o corpo vivo ou morto.

No art. 15 alhures citado, temos a consagração do princípio do livre consentimento informado, pelo qual o paciente titular do seu corpo e aceitar a realização de tratamentos médicos, havendo liberdade de submissão a determinado tratamento ou não, existindo ou não risco de morte.

Tal dispositivo deve ser interpretado de maneira ampla a conferir amplo acesso as informações ao paciente, sendo um dever do médico alertar e explicar todas as consequências de determinado tratamento, sob pena de responsabilização civil e criminal pelos danos suportados, conforme posicionamento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.346.581 - PE (2010/0157364-0) RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI AGRAVANTE : MARIA DE JESUS DE CARVALHO COELHO ADVOGADO : FERNANDO CAVALCANTE DE SOUZA

E OUTRO (S) AGRAVADO : ANA CARLA VASCONCELOS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ALCÍ GALINDO FLORÊNCIO E OUTRO (S) DECISÃO 1.-
MARIA DE JESUS DE CARVALHO COELHO interpõe Agravo de Instrumento
de decisão denegatória de seguimento a Recurso Especial, fundamentado
nas alíneas a e c do permissivo constitucional, manejado contra Acórdão do
Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Rel. Des. EDUARDO
SERTÓRIO), assim ementado (e-STJ fls. 13): APELAÇÃO CÍVEL -
RESPONSABILIDADE CIVIL - INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - LESÃO DO
NERVO LARÍNGEO RECORRENTE - PERDA DA VOZ - RISCO INERENTE -
CULPA CARACTERIZADA PELA INOBSERVÂNCIA DO CONSENTIMENTO
INFORMADO - URGÊNCIA NÃO CONFIGURADA - ERRO MÉDICO - DANO
MORAL RECONHECIDO - INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE
SOLIDÁRIA DO SEGURO DE SAÚDE E DO HOSPITAL - LUCROS
CESSANTES E RESSARCIMENTO DAS DESPESAS AFASTADAS PELA
AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PORÉM RECOMENDADA A LIQUIDAÇÃO
DE SENTENÇA POR ARTIGOS PARA AVERIGUAÇÃO DAS DESPESAS DE
TRATAMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - 1. Sendo a lesão ao
nervo laríngeo recorrente risco inerente à realização de cirurgia de hérnia
discal, é dever do médico fornecer informações ao paciente sobre eventual
risco. 2. A ausência injustificada de informação evidencia a negligência
médica e, conseqüentemente, na hipótese de ocorrência de dano ao
paciente, nasce para o profissional a obrigação de indenizar. 3. Os seguros
saúde operam pelo sistema de livre escolha, com sistema de reembolso das
despesas médico-hospitalares, não tendo, portanto, qualquer
responsabilidade por eventual deficiência da atuação dos serviços por estes
executados, mormente quando o médico sequer consta da sua lista de
referenciados. 4. Hospital contratado apenas como hospedeiro, sem
qualquer vinculação com a médica, nos termos do art. 932, III, CC,
disponibilizando espaço físico, recursos e equipamentos necessários à
atuação dos profissionais, exonera-se da obrigação de indenizar. 5.
Averiguação de despesas para tratamento de recuperação da voz poderá ser
efetivada por meio de liquidação de sentença por artigos, eis que este
ocorreu durante ajuizamento da ação e após a demanda, nos termos do art.
475-E do CPC. 6. Recurso parcialmente acolhido para condenar a médica a
pagamento de quantum indenizatório. 2.- Nas razões do Apelo Excepcional,
alegou a violação do artigo 145 do Código de Processo Civil, além de
divergência jurisprudencial. Pugnou pelo afastamento de sua
responsabilidade civil diante da prova pericial que apurou a adoção do
correto procedimento cirúrgico. É o relatório. 3.- O inconformismo não
merece prosperar. 4.- Verifica-se que o dispositivo apontado, apesar da
interposição de Embargos de Declaração, não foi objeto de análise pela
decisão impugnada, sendo certo não se apontou, nas razões do Especial,
violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Desatendido, portanto, o
requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 211 desta Corte. 5.-
Ademais, a convicção a que chegou o Acórdão decorreu da análise do
conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal
demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade

do especial à luz do enunciado 7 da Súmula desta Corte. Destarte, em sede de Recurso Especial não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova, vez que o objeto de tal recurso é tão-somente, interpretar e unificar a aplicação do direito federal. 6.- Ante o exposto, com apoio no art. 34, VII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nega-se provimento ao Agravo de Instrumento. Intimem-se. Brasília (DF), 19 de outubro de 2010. Ministro SIDNEI BENETI Relator

(STJ - Ag: 1346581, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Publicação: DJ 09/11/2010).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.533.920 - RS (2015/0119372-5) RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE RECORRENTE : LUCIANO GRIGGIO ADVOGADO : FÁBIO ALEXANDRE CHIMELLO E OUTRO (S) RECORRENTE : GILDO TOCHETTO GOMES ADVOGADO : FRANCISCO DRESCH DA SILVEIRA E OUTRO (S) RECORRIDO : OS MESMOS RECORRIDO : UNIMED NORDESTE RS SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS LTDA ADVOGADOS : PAULO ROBERTO DO NASCIMENTO MARTINS E OUTRO (S) BERNARDO FRANKE DAHINTEN RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. 1. OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES. SÚMULA 83/STJ. 2. REDUÇÃO DO MONTANTE FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 4. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO Trata-se de recurso especial apresentado por Gildo Tochetto Gomes interposto com base no art. 105, III, c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado (e-STJ, fls. 1.480-1.481): RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INTERVENÇÃO PARA TRATAMENTO DE POLIPOSE NASAL DESVIO DE SEPTO. PERFURAÇÃO DA BASE DO CRÂNIO. ERRO MÉDICO POR AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. INDENIZAÇÃO. 1. Caso em que o autor sofreu perfuração da base do crânio ao submeter-se à cirurgia para tratar polipose nasal e desvio de septo. 2. O plano de saúde não responde por erro atribuído a profissional liberal credenciado, pois não interfere na escolha do médico pelo segurado, tampouco em relação ao procedimento adotado pelo clínico. Inexistência de relação de subordinação ou vínculo empregatício entre o plano de saúde e o médico. 3. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos" - lição da jurisprudência do STJ. 4. Prova pericial que aponta inexistir culpa do profissional médico quando da intervenção realizada. Laudo que afastou a negligência como causa à perfuração da base do crânio do paciente. Evento que, embora raro, é citado pela literatura médica como fato de possível ocorrência. Erro médico não evidenciado. 5. Dano moral

ocorrente. Ofensa ao dever de informação, ante a falta de aviso ao paciente das possíveis complicações decorrentes da intervenção cirúrgica. Consentimento informado que não foi observado, impossibilitando ao consumidor, ciente dos riscos e através da autonomia da vontade, optar ou não pela realização da cirurgia. Responsabilidade civil do médico reconhecida. 6. "É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica" - lição doutrinária. 7. Prejuízo estético não evidenciado. Cicatriz em região abdominal, discreta, que não é suficiente a causar qualquer constrangimento à parte. Precedentes desta Corte. 8. Ausente sistema tarifado, a fixação do quantum indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. 9. Afastamento do dano estético, estabelecido conjuntamente com o dano moral, que impõe a diminuição do montante indenizatório. Redução para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). 10. Despesas específicas com medicamentos impugnadas na contestação. Falta de insurgência em réplica ou prova do nexo de causalidade entre o fato descrito na inicial e o uso das substâncias objetadas pelo réu. Parcela indenizatória material parcialmente afastada. 11. Necessidade de tratamento do quadro epilético. Manutenção da sentença. Prova pericial que aponta ser a lesão consequência da intervenção clínica realizada pelo demandado. 12. Ônus de sucumbência. Readequação. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. PROVIDO EM PARTE O RECURSO DO RÉU. UNÂNIME. Na origem, Luciano Griggio ajuizou ação de indenização cumulada com danos morais e estéticos contra Gildo Tochetto Gomes e Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., tendo em vista que apresentava um quadro de polipose nasal e hipertrofia de cornetos inferiores, desvio de septo nasal e rinosinose crônica, com sintomas comuns de obstrução nasal e dificuldade respiratória. Diante disso, foi-lhe recomendada cirurgia a ser realizada pelo Dr. Gildo Gomes. Ocorre que durante a intervenção cirúrgica houve perfuração da base do crânio, com formação de uma fístula liquórica. Logo em seguida, foi submetido a novos procedimentos com intuito de se fazer uma correção, o que ocasionou em idas e vindas ao hospital com internações, inclusive em UTI. Por fim, ficou com seqüela de epilepsia conforme laudo psicológico. Aduziu também, que não foi informado sobre os riscos da intervenção cirúrgica e que o próprio Dr. Gildo reconheceu que houve erro médico. Assinalou, ainda, que em consequência perdeu o emprego devido ao longo período em que ficou afastado do trabalho. O Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido em relação à legitimidade da Unimed Nordeste e julgou parcialmente procedentes os pedidos em relação à Gildo Gomes, para após afastar a pretensão de pensionamento e de lucros cessantes pelo desemprego e de despesas com hidroterapia, condená-lo ao pagamento de: a) lucros cessantes pelo que o autor deixou de receber enquanto esteve em benefício previdenciário, no valor de R\$ 11.141,64 (onze mil cento e quarenta um reais e sessenta e quatro centavos); b) ressarcimento de despesas com

tratamento médico comprovadas nos autos, exceto aquelas relativas à hidroterapia e aos valores desembolsados antes de 15/3/2006; c) ressarcimento de todas as despesas que se fizerem necessárias ao controle do quadro epilético instalado no autor, enquanto não for atestada sua cura; e d) indenização por danos morais e estéticos, no valor de R\$ 49.750,00 (quarenta e nove mil setecentos e cinquenta reais). Foram, ainda, opostos embargos de declaração que acabaram acolhidos nos seguintes termos (e-STJ, fl. 1.526): EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. JUROS DE MORA. CRITÉRIO DE CÁLCULO. 1. Embargos de Declaração dizem com a ocorrência de alguma das previsões legais do art. 535 do CPC, ou, por construção jurisprudencial, nos casos de erro material ou de nulidade do julgado. 2. Necessidade de se explicar parte do conteúdo do julgado. Juros de mora sobre as parcelas condenatórias que se dá de maneira simples, vedada a capitalização. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. UNÂNIME. No recurso especial, Gildo Tochetto Gomes aponta divergência jurisprudencial com outros julgados, em relação a legitimidade passiva da Unimed Nordeste para integrar o polo passivo da presente ação, tendo em vista a relação jurídico-comercial com o recorrente, pelo que deve ser condenada solidariamente ou subsidiariamente ao pagamento dos danos alegados. Alega, também, a redução do quantum indenizatório fixado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) de forma desproporcional às peculiaridades do caso. Contrarrazões da Unimed Nordeste apresentadas às fls. 1.613-1.626 (e-STJ), e as contrarrazões de Luciano Griggio não foram apresentadas, conforme certidão de fl. 1.627 (e-STJ). O recurso foi admitido às fls. 1.628-1.635 (e-STJ), vindo os autos a este Tribunal. Brevemente relatado, decido. No que pertine a legitimidade da Unimed Nordeste para figurar no polo passivo da demanda, o Tribunal de origem decidiu em descompasso com o entendimento firmado pela orientação jurisprudencial desta Corte Superior no sentido de que "Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço". Nesse sentido, cito os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO FORNECIDO PRO LABORATÓRIO CREDENCIADO - FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DO PLANO 1. Evidenciado que o erro na análise de material colhido para exame por parte do laboratório réu provocou o diagnóstico equivocado de presença de tumor maligno e fez com que a parte autora fosse submetida desnecessariamente a procedimento cirúrgico, tem-se por configurada a falha na prestação do serviço apta a caracterizar ato ilícito passível de causar abalo de ordem moral e a conseqüente indenização 2. "Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço". (REsp 866371/RS,

Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 20/08/2012) 3. A operadora do plano responde perante o consumidor, solidariamente, pelos defeitos na prestação de serviços médicos e de diagnóstico, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados (hipótese dos autos), nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.442.794/DF, Relator o Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014) RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso. 2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. 3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa. 4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido. (REsp 866.371/RS, Relator o Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 20/8/2012) AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - FALECIMENTO DO PACIENTE - PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - EMPRESA PRESTADORA DO PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO. 1. Ausente a ocorrência de contradição e omissão no julgado recorrido, afasta-se a preliminar de negativa de prestação

jurisdicional. 2. Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico. 3. A revisão por esta Corte do montante fixado pelas Instâncias ordinárias a título de dano moral, exige que o valor tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, circunstância que não se verifica no caso concreto. A condenação solidária das rés por dano moral em R\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), tendo em vista o erro médico que resultou em óbito do paciente, não se encontra fora dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 4. Recurso improvido. (AgRg no REsp 1.037.348/SP, Relator o Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/8/2011, DJe 17/8/2011) Portanto, a operadora possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda indenizatória, tendo em vista a má prestação do serviço médico prestado por profissional por ela credenciado, o que possibilita responder solidariamente com este pela falha na prestação do serviço. Assim, nesse ponto, incide a Súmula 83 do STJ. Em relação ao valor indenizatório fixado, esta Corte entende que somente é admissível modificá-lo em recurso especial quando o montante estabelecido na origem for excessivo ou irrisório, de forma a violar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na espécie, o Tribunal de origem reduziu o valor da indenização para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), considerando as peculiaridades do caso concreto, levando em consideração o afastamento dos danos estéticos, por terem sido cumulados com os danos morais pelo Juízo de primeiro grau para um único arbitramento. Desse modo, parece-me inviável alterar, na via eleita, o valor fixado a título de danos morais sem esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. No mesmo sentido: AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A necessidade de reexame de matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea a quanto pela alínea c do permissivo constitucional, pois torna evidente a ausência de similitude fática entre os arestos atacados. 2. O valor fixado a título de indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisório ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que arbitrado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 516.484/AM, Relator o Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/5/2015, DJe 28/5/2015 - grifous-e) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. INCÊNDIO. IMÓVEL. DANOS MORAIS. QUANTUM. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA. 1. Para que fosse possível a revisão dos fundamentos do acórdão recorrido a respeito da existência de danos morais e materiais, bem como dos valores fixados para sua reparação, seria imprescindível o reexame dos elementos fáticos constantes dos autos, o que é defeso em sede de recurso

especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. A alteração do montante estabelecido a título de indenização por danos morais somente é possível, em sede recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revelar-se irrisória ou exorbitante, o que não ocorre no presente caso, em que foi fixada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). 3. A divergência pretoriana não pode ser analisada quando o acórdão recorrido está assentado em matéria probatória, como no caso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 549.495/SP, Relator o Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 4/12/2014 - grifou-se) AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO - PACIENTE ERRONEAMENTE DIAGNOSTICADO COM NEOPLASIA MALIGNA - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - SÚMULA 54/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- Ultrapassar os fundamentos do Acórdão e acolher a tese sustentada pela Agravante, afastando a culpa do corpo clínico do hospital Agravante reconhecida pelo Tribunal a quo, demandaria inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula 7 desta Corte. 2.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo. 3.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, em razão de má prestação de serviço, foi o Agravado erroneamente diagnosticado, foi fixado o valor de indenização de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) devido pelo ora Agravante ao autor, a título de danos morais. 4.- No que diz respeito ao termo inicial de incidência dos juros, incidem, desde a citação, em casos de responsabilidade contratual, hipótese observada no caso em tela. 5.- Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1.411.068/PR, Relator o Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/2/2014, DJe 14/3/2014 - grifou-se) Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso especial a fim de incluir a Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. no polo passivo da demanda, devendo responder solidariamente pelos danos causados ao paciente. Publique-se. Brasília, 02 de junho de 2015. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

(STJ - REsp: 1533920 RS 2015/0119372-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 18/06/2015).

Com efeito, a vida humana materializa-se por meio do seu corpo, e, por isso, detém proteção extrema no ordenamento jurídico.

O art. 14 do Código Civil de 2002, permite a disposição gratuita do corpo, ainda que parcial, para o pós morte, desde que com finalidade científica ou altruística, como

ocorre no caso de corpos objetos de pesquisas em universidades e cursos de ciências biológicas, ou, ainda, no caso de doação de tecidos e órgãos para outra pessoa suportar tratamento médico, dos quais trataremos em momento oportuno.

Conforme preceitua José Afonso da Silva¹⁹ agredir o corpo é sinônimo de agredir a vida, pois esta se realiza no próprio corpo, havendo meios de proteção à integridade física para tornar possível a vida digna.

Com isso, o corpo, suas partes, reações fisiológicas e químicas devem ser objeto de proteção jurisdicional em caso de violação ou ameaça.

O direito ao corpo tem cunho extrapatrimonial, vez que não pode haver apreciação econômica ou valoração monetária. Como afirma Maria de Fátima Sá, é inaceitável tratar o corpo e a integridade física como propriedade, vez que falta ao titular o poder de disposição ampla, e, por isso, não se confunde titularidade do direito ao corpo com direito de propriedade e seus inerentes poderes, sendo irrenunciável e intransmissível o direito ao corpo.²⁰

Sobre a natureza jurídica do direito ao corpo, Antônio Chaves²¹ cita autores clássicos:

"IHERING, Tutela da posse, procura reconduzir o conceito do direito sobre o próprio corpo ao conceito geral de pertença jurídica. Objeta, porém, GRISOSTOMI que ou este conceito se confunde com o de propriedade, e então aqui não está exatamente aplicado; ou serve para indicar de modo geral a referência de um determinado direito a um certo sujeito, e então pouco adianta para a dogmática e para o sistema do direito.

Cumpre, ao invés, — conclui — considerar que o direito sobre o próprio corpo não é absolutamente patrimonial, mas pessoal, de caráter especial, que tem por conteúdo a livre disposição do corpo mesmo, com exclusão de qualquer outra pessoa, dentro dos limites assinalados pelo direito positivo (WINDSCHEID, Pand., I § 40). O direito que cada qual tem sobre o próprio corpo, não se limita à duração da vida; e pode estender a sua eficácia também depois da morte: é o problema da condição jurídica do cadáver."

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

²⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos: incluindo o estudo da lei n.9.434/97. Belo Horizonte: Liv. Del Rey Editora, 2000.

²¹ CHAVES, Antônio. Direitos à Vida, ao Próprio Corpo e às Partes do Mesmo (Transplantes). Esterilização e Operações Cirúrgicas para "Mudança de Sexo" Direito ao Cadáver e às Partes do Mesmo. disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=oahUKEwjk-ODPxO7XAhXHjpAKHSjxD14QFggwMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Ffrfdusp%2Farticle%2Fdownload%2F66797%2F69407&usq=AOvVaw1SRK6xQUreRXpM2Pa_sdNO, acesso em 28/11/2017.

Assim, o direito ao corpo não se refere à posse, tampouco à propriedade. A sua intransmissibilidade é inerente à titularidade do corpo como um todo, e não a disposição de parte dele para transplante ou doação, ou seja, o titular pode dispor de parte de seu corpo sem transmitir a titularidade do corpo em si para outrem, desde que atendida as normas legais.

É clara a interferência estatal para resguardar a integridade física e a vida do indivíduo. Não se pode transmitir o direito à disposição de seu próprio corpo para outra pessoa que não o titulariza.

Posto isso, pode-se afirmar que o direito ao próprio corpo se enquadra perfeitamente dentro dos direitos da personalidade, sendo considerados absolutos (oponíveis erga omnes), irrenunciáveis (vinculados ao seu titular), intransmissíveis (sem cessão para outrem) e imprescritíveis (o titular pode invoca-los sempre que for necessário a sua tutela).

O direito ao próprio corpo é um direito fundamental na qualidade de direito inato, como bem assevera o clássico autor civilista Caio Mário²², vez que é intimamente ligado a condição de existência digna do ser humano.

Dito isso, deve-se ressaltar a polêmica questão sobre o (suposto) direito ao corpo de outrem, criação doutrinária idealizada a partir da interpretação conferida ao art. 1.566 do Código Civil Brasileiro, que diz:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005: “[...] dentro da sistemática organizacional, os direitos da personalidade distribuem-se em duas categorias gerais: adquiridos, por um lado, e inatos, por outro lado. Os “adquiridos” (como decorrência do status individual) existem nos termos e na extensão de como o direito os disciplina. Os “inatos” (como o direito à vida, o direito à integridade física e moral), sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis: [...].”

Ao interpretar o inciso II, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias²³ afirmam que “a coabitação, significando, a um só tempo, que devem as pessoas casadas viver no domicílio conjugal (sentido objetivo) e manter relações sexuais habituais, convivendo intimamente (sentido subjetivo).” assim, haveria um direito ao corpo de outrem no que tange as relações sexuais?!

Há parcela da doutrina encapada por decisões judiciais admitem o direito ao corpo de outrem em decorrência do matrimônio e do dever sexual recíproco.²⁴ Não nos parece correto aderir a tal entendimento ao passo que não se pode obrigar alguém a praticar ato sexual, ainda que seja com seu cônjuge, sob pena de violação de sua dignidade, e legitimação do estupro entre os cônjuges como um exercício regular de direito.

No que se refere ao direito ao corpo morto (cadáver) do *de cujus*, este merece proteção em situações de violação à dignidade ou à memória do morto, e, ainda, quando há violação ao próprio cadáver ocorrido em situações de vilipêndio ou abuso.

No direito temos casos que envolvem diretamente o direito ao corpo: direito à produção de determinada prova que obriga a exumação do corpo para colheita de material genético do cadáver e realização de exames, os quais devem ser precedidos de autorização da autoridade competente.

Importante mencionar a situação de retirada de órgãos ou material genético para transplantes e doação, em que nunca é permitida a finalidade lucrativa.

Quanto aos atos de disposição do próprio corpo, temos que são atos de escolha do próprio indivíduo, do titular do corpo, de dispor de seu físico, em certos casos até mesmo a ferir sua integridade física e relativizar o direito ao corpo íntegro.

Em regra, há proibição de atos de disposição do corpo quando há diminuição de sua integridade física. As exceções são a permissão da disposição quando não houver supressão permanente da integridade física como nos casos de tatuagem e colocação de *piercing*. A segunda refere-se à exigência médica como uma amputação ou transplante, neste caso, pode haver diminuição permanente da integridade física.

Como alhures citado, os artigos 13 ao 15 do Código Civil de 2002, em regra, deixam a cargo da pessoa ou seu responsável a adesão ou submissão a determinado procedimento ou tratamento médico que possa violar sua incolumidade física, com

²³ ROSENVALD, Nelson e FARIA, Cristiano Chaves. Direito Civil – Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2012.

²⁴ PERRI, C. H. ; PERRI, Cláudia Haidamus ; OLIVEIRA, E. B. ; BIGI, J. C. ; AMORIM, S. L. ; DIREITO, C. A. M. ; GAMA, G. C. N. ; REIS, C. ; GOZZO, D. ; CAHALI, F. J. ; COLTRO, A. C. M. ; ANDRIGHI, F. N. . Direito ao débito conjugal um direito da personalidade - e a união estável. In: Antônio Carlos Mathias Coltro. (Org.). O Direito de Família após a Constituição de 1.988. 1ªed.São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional Celso Bastos, 2000, v. , p. 161-185.

exceção de casos de urgência médica e de necessidade extrema, com reflexos também na responsabilidade dos atos praticados, o que será objeto de aprofundamento em momento oportuno no presente trabalho.

Em tese, ninguém pode atentar contra a sua própria vida por meio de violação da integridade física, incluso a proibição de automutilação. Não obstante, a utilização ou disposição do próprio corpo está intimamente ligada à própria liberdade que tem em seu núcleo a autonomia privada sobre o corpo e como o ser humano utiliza o mesmo perante o mundo.

Assim, podemos afirmar que a liberdade do indivíduo se conecta a liberdade de utilizar ou de dispor de seu próprio corpo.

Com relação ao corpo, assevera Túlio Vianna²⁵, que o direito, a moral e a religião, em certa maneira, influem ou regulamentam, através de imposição de regras, o agir do ser humano para com o seu corpo como podemos ver em condutas sociais de limitação à sexualidade, utilização de drogas, liberdade de expressão e livre manifestação, que sofrem restrições, muitas vezes, em nome de uma coletividade, sob o manto de se evitar a lesão de direito alheio.

Mas será mesmo que tais restrições evitam lesões de direitos de terceiros ou trata-se de mera imposição de regras de conduta tido como adequado pela sociedade de massa?

Tal pergunta deve ser respondida a partir da análise de cada caso concreto, no entanto devemos ressaltar que vivemos em um estado de direito democrático constitucional, o que não se confunde com imposições de vontade pela maioria.

No ordenamento jurídico atual as liberdades somente podem sofrer limitações se o exercício de determinada faculdade exercida por pessoa plenamente capaz causar dano ao direito de outrem.

Os atos de disposição do próprio corpo deveriam seguir tal entendimento, no entanto, na realidade, o próprio direito impõe limitações infundadas na utilização do próprio corpo, ainda que não causem dano algum a terceiros. O citado autor²⁶ segue esta posição ao tratar da sexualidade, a qual:

²⁵ VIANNA, Túlio, O direito ao próprio corpo, disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/tag/o-direito-ao-proprio-corpo/>, acesso em 29/11/2017.

²⁶ VIANNA, Túlio, O direito ao próprio corpo, disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/tag/o-direito-ao-proprio-corpo/>, acesso em 29/11/2017.

“sempre foi campo fértil para as limitações jurídicas sobre os corpos. No passado já se puniu até mesmo a fornicação, entendida como o relacionamento sexual por pessoa solteira. A sodomia foi considerada crime no estado do Texas até 2003, quando a decisão da Suprema Corte estadunidense no caso *Lawrence v. Texas* a considerou inconstitucional. Detalhe: decisão por maioria de 6 a 3.

No Brasil, ainda hoje, pelo código penal em vigor, se um garoto de 13 anos mantiver relação sexual consensual com uma mulher maior de 18 anos (uma prostituta, por exemplo), ela poderá ser condenada a uma pena que varia de 8 a 15 anos (art.217-A CP). Manter casa de prostituição também ainda é crime em nosso país (art.229 CP) numa indevida regulação do corpo de mulheres maiores e capazes que deveriam ter o direito de dispor do seu próprio corpo da forma que considerassem mais conveniente.”

No Direito Civil, temos também exemplos de imposições legais que limitam a utilização ou o direito ao próprio corpo, como a imposição de deveres de ambos cônjuges a fidelidade recíproca do art. 1566, I, Código Civil de 2002. Mas e se ambos acordarem e tiverem um relacionamento aberto com participação de outras pessoas, isso não fere a liberdade de dispor de seus corpos como bem entendem sem ferir direito alheio?!

A questão da sexualidade é relevante, mas não mais importante quando o direito ao próprio corpo influi no direito à vida digna ou à morte. Tais implicações são evidentes em questões como liberdade religiosa, transfusão de sangue, doação, transplante de órgãos e tecidos, aborto, eutanásia, esterilização e muitas outras matérias reguladas pelo direito, mas que sofrem influência da moral e da religião de cada indivíduo, inclusive na legislação pátria e na aplicação do direito por nossos tribunais.

Tal fato é notório, apesar o Brasil ser um estado laico, a influência da religião em nosso ordenamento jurídico é patente, decorre de fatores históricos e culturais de dominação e educação dos povos que impôs restrições em regras jurídicas de condutas que, muitas vezes, não causam prejuízos a terceiros, nem ao interesse público, mas estão em plena vigência.

Temos que ter em mente que se um indivíduo utiliza seu corpo unicamente para si, sem prejudicar direito alheio, não deve haver proibição de uso pelo direito, pois o indivíduo é titular do corpo e livre para se expressar, tendo como limite a não afetação, risco, ameaça ou prejuízo ao direito de outrem. Quando isto ocorrer deve o direito impor restrições a tais condutas.

Assim, a liberdade está intrinsecamente ligada à utilização livre de seu próprio corpo, a dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade.

O embate entre liberdade religiosa, integridade física e livre disposição do corpo é recorrente, e na maioria dos casos judicializados os tribunais tendem a primar pela vida,

a qual, antecede a liberdade religiosa, até mesmo porque o corpo morto não consegue tutelar sua liberdade.

Com efeito, são vários os atos de disposição do próprio corpo que, muitas vezes, expressam a manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade de acordo com convicções pessoais e culturais.

Há exemplos clássicos de disposição do corpo, como a circuncisão judaica, prática religiosa milenar que prega que após o oitavo dia do nascimento o bebê do sexo masculino seja circuncidado, ainda que não tenha noção e capacidade de expressar sua opção religiosa (imposta por seus pais), o que contraria a liberdade religiosa enquanto direito individual e a integridade física.

Outro caso corriqueiro é o de mutilações de genitália em meninas na África, também realizado sob fundamentalismo de cunho religioso.

Na qualidade de pais e responsáveis pela educação e criação de seus filhos, os genitores não teriam a liberdade de influenciar na religião de sua prole? E ainda, se a criança que sofreu limitações ou cortes em seu corpo muda de religião ao adquirir sua capacidade, ela teria direito a ser indenizada devido à lesão a integridade física por motivo religioso?

Interessante mencionar o caso dos Wannabes aludido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal²⁷, conhecidos também como apotemnófilos, “que são aquelas pessoas portadoras de uma incontrolável compulsão pela amputação de um membro específico do seu corpo em razão do desconforto de estarem presos a um corpo que não corresponde à verdadeira identidade física que gostariam de ter”, sendo veada tal prática pelo direito.

Há, ainda, o caso dos transexuais, em que a medicina considera a cirurgia de mudança de sexo como uma terapia de adequação do corpo físico ao estado psíquico do ser, plenamente viável juridicamente, de acordo com o caso concreto, com escopo de preservar a dignidade humana e os demais ditames constitucionais.

Posto isso, podemos concluir que o direito ao próprio corpo faz parte dos direitos da personalidade, devendo receber a devida tutela do direito diante de sua importância no plano do direito material, envolvida a ponderação de direitos como a liberdade, saúde, integridade física, dentre outros.

²⁷ ROSENTHAL, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Civil – Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2012.

3. Doação e transplante de órgãos e tecidos

Como dito, as partes do corpo humano morto (cadáver) tem tratamento de coisa em nosso ordenamento jurídico, mas há direitos relacionados ao corpo morto que integram a proteção aos direitos da personalidade, sendo colocado fora do mercado ou comércio e vedado todo ato de disposição corporal a título oneroso, como bem preceituou o art. 199, §4 da Constituição Brasileira e o Art. 1º da Lei 9.434/97:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Lei 9.434/97: Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

De acordo com Maria Helena Diniz ²⁸, “é possível juridicamente a disposição gratuita de partes destacáveis do corpo humano renováveis (leite, sangue, medula óssea, pele, óvulo, esperma, fígado) ou não, para salvar a vida ou preservar a saúde do interessado ou de terceiro ou para fins científicos ou terapêuticos”, desde que sem qualquer ônus financeiro.

Bem, no Brasil a tutela da doação ou transplante da pessoa em vida é diversa da pessoa morta, para o procedimento em vida conforme art. 9º, da Lei 9.434/97:

“É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.”

Assim, durante a vida a doação pode ser realizada por seu titular (do corpo), por uma decisão exclusiva do doador e mediante autorização judicial, somente no que tange aos

²⁸ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo. Editora Saraiva, 10ª Ed. 2017.

órgãos duplos ou partes renováveis como sangue e medula óssea, sem importar risco à vida do doador e que o donatário ou beneficiário do transplante seja seu parente.

Entre pessoas vivas, a doação só é permitida quando se tratar de órgãos dúplices ou quando retirados apenas parcialmente, com risco controlado à vida do doador e por necessidade do receptor, sempre proibido o comércio entre as partes. Como um ato de vontade que é, pode ser livremente revogado.

O STJ tem conclusivo julgado sobre o tema, vejamos:

Processo REsp 1144720 / DF. RECURSO ESPECIAL 2009/0113695-5

Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 03/12/2009

Data da Publicação/Fonte DJe 16/12/2009

LEXSTJ vol. 246 p. 162

RT vol. 894 p. 190

Ementa

BIODIREITO – DIREITO À SAÚDE – ALVARÁ – TRANSPLANTE DE RIM –

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – NECESSIDADE – OBJETOS SINDICÁVEIS PELO PODER JUDICIÁRIO: INEXISTÊNCIA DE LESÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DO DOADOR, NÃO-OCORRÊNCIA DE COMÉRCIO OU DE QUALQUER TIPO DE CONTRAPRESTAÇÃO E POTENCIAL EFICÁCIA DO TRANSPLANTE DE RIM – INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO DO § 3º DO ART. 15 DO DECRETO N. 2.268/97 PELA LEI N. 10.211/01 QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO CAPUT DO ART. 9º DA LEI N. 9.434/97.

1. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. 2. A autorização judicial exigida no caput do artigo 9º da Lei n. 9.434/97 tem três objetivos: (I) impedir lesão à integridade física do doador; (II) impedir o comércio de órgãos ou qualquer tipo de contraprestação; e, (III) assegurar, na forma do § 3º do artigo 15 do Decreto n. 2.268/97, potencial eficácia ao transplante de rim. 3. Todas as exigências proporcionais e razoáveis colocadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo para evitar o comércio de órgão ou qualquer tipo de contraprestação e assegurar a potencial eficácia do transplante de rim (direito à saúde) são ratificadas pelo ordenamento jurídico pátrio. 4. É legal a exigência, para a retirada de rins, de comprovação de, pelo menos, quatro

compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA), salvo entre cônjuges e consanguíneos, na linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. 5. A Lei n. 10.211/01, ao alterar o caput do art. 9º da Lei n. 9.434/97, não revogou ou retirou a eficácia do § 3º do artigo 15 do Decreto n. 2.268/97, portanto correto o Tribunal de origem na aplicação da Lei e do Decreto. Recurso especial improvido.

Aplicam-se a Lei 9434/1997 e o Decreto 2268/1997 no se refere aos requisitos necessários para a realização de doação de rim para fins de transplante, ainda que o caput do artigo 13 do Código Civil de 2002 afirme, de maneira reversa, que é possível dispor do próprio corpo quando isso não importar diminuição permanente da integridade física ou não contrariar os bons costumes, porque o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que a disposição do corpo para fins de transplante é regulada por lei especial, e o Código Civil de 2002 deixou claro que, apesar dessa lei lhe ser anterior, não foi revogada, em face de sua especificidade.

Assim, a necessidade de autorização judicial existe para resguardar a integridade física do doador, assegurar a potencial eficácia do procedimento e evitar qualquer ato de comércio de órgãos ou partes do corpo humano. Nestes casos se aplica as disposições da Lei nº 9434/1997 por se tratar de norma especial que regulamenta a matéria.

A preocupação é válida, pois até os dias de hoje se tem notícias da existência do comércio ilegal de órgãos e tecidos no Brasil, conforme assenta outro julgado do STJ²⁹, em que restou evidenciado a prática de abandono médico com a finalidade de deixar o paciente morrer para que houvesse a captação de órgãos e tecidos humanos na cidade de Poços de Caldas - Minas Gerais, em que médicos forjaram a morte encefálica com atitudes omissivas e comissivas, desrespeitando as regulamentações do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1480/97).

No caso, também não foi respeitado o período de 06 (seis) horas entre os dois exames clínicos na vítima para atestar a morte encefálica, e, ainda, somente havia autorização do Pai da vítima e não de sua Genitora para a doação, evidenciando as irregularidades e a responsabilização civil e criminal dos médicos envolvidos, que foram afastados de suas funções e presos cautelarmente.

No que se refere à utilização de órgãos de pessoas mortas, inicialmente, no Brasil o consentimento para o transplante e doação de órgãos de pessoa falecida era presumido.

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Data da Publicação 10/04/2017. HABEAS CORPUS Nº 265.527 - MG (2013/0054500-8) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. IMPETRANTE : LUÍS CARLOS ARREIRAS ABRITTA ADVOGADO : LEONARDO COSTA BANDEIRA - MG070056 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. PACIENTE : ALVARO IANHEZ

Na prática, se não houvesse a negativa expressa do indivíduo em vida, era tido como permitidos a doação ou transplante de seus órgãos após a morte, chamado de *consentimento presumido* e previsto na redação original do art. 4º da Lei nº 9.434/97.

Ocorre que, por pressões populares e também decorrentes de matérias divulgadas na mídia que denunciaram esquemas de contrabando, venda de órgãos e tecidos, por meio de Medida provisória (MP nº 1959), convertida na Lei nº 10.211, de 23.03.2001, alterou-se a legislação para a redação atual, vejamos:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001).

Destarte, é exigido autorização por escrito da família após o óbito ocorrido com a morte encefálica, diante declaração de médico especialista de encerramento de atividade cerebral vital, com prontuários médicos e laudos mantidos por 05 (cinco) anos após a realização do procedimento de doação ou transplante, conforme entendimento do Conselho Federal de Medicina, através da resolução nº 1.480/97, a constatação da morte encefálica detém procedimento específico para que haja aproveitamento do corpo, suas partes, órgãos e tecidos³⁰.

Outrossim, importante frisar que na doação pós morte a escolha do beneficiário é proibida, tendo de ser respeitada a ordem cronológica e fila de espera prevista no art. 2º, da Lei nº 9434/97, garantindo a universalização da saúde e o caráter altruístico da doação, podendo o beneficiário ser, até mesmo, um desafeto do *de cuius*.³¹

³⁰ Maria de Fátima Sá indica os critérios para constatação da morte cerebral: "I – Em primeiro lugar, verifica-se a história de doença catastrófica – doença estrutural conhecida, ou seja, tumores, infecções, acidentes vasculares cerebrais, ou causa metabólica sistêmica irreversível, como a hipoglicemia, uremia, coma hepático, etc.II – Seis horas de observação da ausência de função cerebral são suficientes em caso de causa estrutural conhecida, quando nenhuma droga ou álcool esteja envolvido na etiologia do tratamento. Caso contrário, doze horas, mais investigação negativa de drogas são necessárias.III – Ausência de função cerebral e do tronco encefálico: - nenhuma resposta comportamental ou reflexa a estímulos nocivos, na localidade entre a coluna e o crânio;- ausência de resposta oculovestibular ao teste térmico com água gelada, que é procedido injetando-a no ouvido para a verificação de movimentos oculares;- apnéia, que significa a falta de resposta respiratória durante oxigenação por dez minutos. " em: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos: incluindo o estudo da lei n.9.434/97. Belo Horizonte: Liv. Del Rey Editora, 2000

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, p,202.

Não bastasse a alteração supramencionada, por meio do Decreto nº 9175/2017, o Poder Executivo impôs mudanças importantes na Lei 9434/97. Instituiu o Sistema Nacional de Transplantes - SNT, em que se desenvolve o processo de doação, retirada, distribuição e transplante de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, tendo como órgão central o Ministério da Saúde, e participação das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, Secretarias de Saúde dos Municípios, Centrais Estaduais de Transplantes – CET, Central Nacional de Transplantes – CNT, em que se estruturam a rede de procura e filas para doação e preservação dos órgãos.

No que se refere à disposição do corpo vivo, estipula o art. 27, do Decreto nº 9.175/2017, que qualquer pessoa capaz poderá dispor de órgãos, tecidos, células e partes de seu corpo, em vida, para fins de transplante ou enxertos em cônjuges, companheiros ou parentes até o 4º grau, em linha reta ou colateral.

Quando a doação for entre indivíduos que não são parentes, a autorização judicial se faz necessária, salvo para doação de medula óssea.

Vale ressaltar que os estrangeiros falecidos em solo brasileiro poderão ser doadores de órgãos.

O decreto, ao regulamentar a doação pós-morte prima pelo sigilo da identidade dos doadores em relação ao seus receptores e destes para com os familiares do doador conforme art. 52, do Decreto nº 9175/2017, para evitar problemas futuros entre os envolvidos e suas famílias.

Dentre as mudanças mais importantes está a eliminação da participação do Ministério Público e a polêmica alteração que gera a ineficácia de ato de vontade declarado em vida pelo doador de órgãos. explica-se:

O decreto 9.175/17 revogou as disposições do Decreto 2.268/97 que regulamentava a Lei de transplante e doação de órgãos e de tecidos, dentre as alterações chama atenção a nova regulamentação referente ao transplante entre vivos, que, anteriormente, tinha a participação do Ministério Público como obrigatória em tal procedimento.

Agora, no procedimento médico realizado de doação entre vivos não é mais necessária à expressa comunicação do feito ao Ministério Público da comarca do doador antes da realização da cirurgia, que tinha o escopo de propiciar uma mínima investigação sobre regularidade da operação entre pessoas de famílias distintas.

Neste sentido, bem assinala Cristiano Chaves de Farias³² ao comentar o decreto lei e citar a ab-rogação dos artigos 15, 20 e 25 do antigo decreto, que conferiam uma maior segurança contra os atos de comércio de órgãos, afirma que:

³² FARIAS. Cristiano Chaves de, em Mudanças normativas nos transplante de órgãos. disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/10/23/mudancas-normativas-nos-transplantes-de-orgaos->

“não se exigia um autorização expressa do Ministério Público, mas, tão só, a sua cientificação para que pudesse adotar as providências fiscalizatórias, assegurando a regularidade do procedimento de transplantes entre vivos. isso porque sempre se detectou uma certa repulsa do sistema (e da Bioética, como um todo) pela cobrança para a doação de órgãos”.

Ainda menciona episódio de brasileiros que foram para África do Sul, venderam seus órgãos, não receberam pagamento algum pela transação e retornaram ameaçados de morte para o Brasil.

Certo é que, agora, não há mais intervenção do Ministério Público nas operações de transplante de órgãos entre vivos, com vistas a imprimir celeridade ao delicado procedimento ao diminuir burocracias. Tal atividade de fiscalização cabe ao médico responsável pelo procedimento em atestar sua regularidade e denunciar eventuais ilegalidades.

O Decreto nº 9.175/2017 ratificou a imposição da anuência da família do doador para a realização do transplante pós-morte, de forma expressa, em termo formal de doação devidamente firmado e subscrito por 02 (duas) testemunhas.

Acresceu que quando não houver parentes na linha reta ou colateral até 2º grau, a autorização judicial se faz necessária, vejamos:

Art. 17. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ser **efetuada após a morte encefálica, com o consentimento expresso da família**, conforme estabelecido na Seção II deste Capítulo.

(...)

Art. 19. Após a declaração da morte encefálica, **a família do falecido deverá ser consultada sobre a possibilidade de doação** de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplante, atendido o disposto na Seção II do Capítulo III.

Do Consentimento Familiar

Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, **somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização**.

eliminacao-da-atuacao-mp-e-ineficacia-da-declaracao-da-vontade-de-ser-doador/, acesso em 29/30/2017.

§ 1º A autorização deverá ser do cônjuge, do companheiro ou de parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, **e firmada em documento assinado por duas testemunhas presentes à verificação da morte.**

§ 2º Caso seja utilizada autorização de parente de segundo grau, deverão estar circunstanciadas, no termo de autorização, as razões de impedimento dos familiares de primeiro grau.

§ 3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano de falecidos incapazes, nos termos da lei civil, dependerá de autorização expressa de ambos os pais, se vivos, ou de quem lhes detinha, ao tempo da morte, o poder familiar exclusivo, a tutela ou a curatela.

§ 4º Os casos que não se enquadrem nas hipóteses previstas no § 1º ao §3º dependerão de prévia autorização judicial.

Tal previsão legal afasta a obrigatoriedade de seguir a vontade do *de cuius* em vida, pois pouco importará se declarou ser doador ou não de órgãos e tecidos. O que passa a valer é, apenas, a vontade da família.

Destarte as declarações públicas expressas em vida e em documentos como RG e Identidades profissionais do *de cuius* perdem valor jurídico, pois, após sua morte, sem o consentimento de sua família qualquer doação será proibida mesmo com a declaração de vontade de doar expressa em vida, não sendo respeitado o consentimento informado pelo titular do corpo.

Trata-se, ao nosso ver, de norma inconstitucional que vai de encontro ao ordenamento jurídico, vez que a vontade do titular do próprio corpo não será respeitada após sua morte o que fere a autonomia privada da vontade. Não bastasse, os próprios mandamentos constitucionais no sentido da liberdade de disposição de seu corpo e preservação da vida humana são desrespeitados.

Ora, se o decreto lei veio a propiciar uma melhora no sistema de doação de órgãos e tecidos no Brasil, inclusive, retirando a outorga Ministerial com fins de imprimir celeridade e desburocratizar o procedimento, é um contrassenso desconsiderar a vontade do próprio titular do corpo e órgãos que o compõem, ferindo a própria finalidade normativa.

Evidente a vida é prioridade em nosso ordenamento jurídico e os meios adequados para este fim devem ser propiciados, inclusive mediante o respeito à livre autonomia da vontade expressada pelo titular do corpo humano. Agora, submeter o procedimento de doação unicamente à disposição da família do *de cuius* sobre o próprio corpo de outrem, podendo ir de encontro à vontade manifesta do titular do órgão a ser doado, nos parece equivocado e antijurídico.

Isso porque a segurança não pode ir de encontro à efetividade do instituto, tampouco ser contrária a preservação da vida humana por meio do transplante de órgãos e tecidos, meio médico científico cada vez mais utilizado para dar uma sobrevida digna a pessoas doentes.

Apesar do caráter especial do Decreto nº 9175/2017 que regulamenta a Lei nº 9.434/1997, entendemos tal previsão fere a Constituição Federal, seus objetivos e princípios fundamentais como a dignidade humana.

Ademais, no plano infraconstitucional, a citada norma vai de encontro ao art. Art. 14, do Código Civil Brasileiro, que torna válida a disposição gratuita do corpo para depois da morte, no escopo científico e altruístico³³, em que a doação de órgãos e tecidos se enquadra perfeitamente.

Como assevera Cristiano Chaves de Farias, ao discorrer sobre o tema, enfatiza que tal exigência pode diminuir e desestimular a incidência de doações e transplantes de órgãos, vejamos:

Parece-me um contrassenso, conquanto reconheça a nobre preocupação com a segurança, evitando extração precipitada de órgãos. Aliás, a exigência de anuência expressa dos familiares pode servir, inclusive, como fator de desestímulo e desincentivo aos transplantes. Até porque me parece ser excessivo exigir dos familiares um gesto altruístico em momento tão doloroso.

Resta torcer que não tenhamos uma diminuição do número de transplantes por conta das formalidades... Acho que é momento do Governo investir em campanhas educativas de esclarecimento para que as pessoas saibam da alteração em relação à norma originária (que reconhecia validade à declaração de doação "post mortem") e possam comunicar o seu desejo à sua família.

A doação de órgãos é gesto para eternizar a existência humana na Terra, na medida em que mantém acesa a chama da vida em uma outra pessoa, que ganha a chance de um recomeço! Sendo a morte inexorável (até porque, conforme as Escrituras Sagradas, "para tudo há seu tempo. Há tempo para nascer e tempo para morrer"), talvez valha a pena tentar deixar o mais importante legado que pode existir: auxiliar outra pessoa a ter uma vida digna e com qualidade.

³³ BRASIL, Código Civil, Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Afinal de contas, como dizia Chico Xavier "Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim".

Portanto, podemos afirmar que tais exigências poderão ir de encontro à finalidade do próprio instituto da doação que é a preservação da vida digna por meio da utilização de um material biológico que seria descartado, deixado para decomposição, enterrado ou incinerado, enquanto poderia fornecer um mínimo de dignidade humana aos milhares de pessoas que necessitam de transplantes de órgãos no Brasil.

Assim, conclui-se que a negativa da família em realizar o transplante em *de cujus* que optou, em vida, por ser doador, é, ao nosso ver, ato inconstitucional e abusivo.

Referências

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2.a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1988.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Data da Publicação 10/04/2017. HABEAS CORPUS Nº 265.527 - MG (2013/0054500-8)
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal.
- BRASIL. DECRETO Nº 9.175, DE 18 DE OUTUBRO DE 2017.
- BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.415.727-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CHAVES, Antônio. Direitos à Vida, ao Próprio Corpo e às Partes do Mesmo (Transplantes). Esterilização e Operações Cirúrgicas para "Mudança de Sexo" Direito ao Cadáver e às Partes do Mesmo. disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKewjk-ODPxO7XAhXHjpAKHSjxD14QFggwMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Ffrdusp%2Farticle%2Fdownload%2F66797%2F69407&usg=AOvVaw1SRK6xQUeRXpM2Pa_sdNO, acesso em 28/11/2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, p,202. Vol. 1. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2014.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p. 1051.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 378

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo. Editora Saraiva, 10ª Ed. 2017.

FARIAS. Cristiano Chaves de, em Mudanças normativas nos transplante de órgãos. disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/10/23/mudancas-normativas-nos-transplantes-de-orgaos-eliminacao-da-atuacao-mp-e-ineficacia-da-declaracao-da-vontade-de-ser-doador/>, acesso em 29/30/2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume I: parte geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012,

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional, sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969. Art. 4º Direito à vida. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 30. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2007, pp. 159-174.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERRI, Cláudia Haidamus ; OLIVEIRA, E. B. ; BIGI, J. C. ; AMORIM, S. L. ; DIREITO, C. A. M. ; GAMA, G. C. N. ; REIS, C. ; GOZZO, D. ; CAHALI, F. J. ; COLTRO, A. C. M. ; ANDRIGHI, F. N. . Direito ao débito conjugal um direito da personalidade - e a união estável. In: Antônio Carlos Mathias Coltro. (Org.). O Direito de Família após a Constituição de 1988. 1ªed.São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional Celso Bastos, 2000, v. , p. 161-185.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1

ROSENVALD, Nelson e FARIA, Cristiano Chaves. Direito Civil – Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2012.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Volume 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos: incluindo o estudo da lei n.9.434/97. Belo Horizonte: Liv. Del Rey Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida em Bioética e direitos de personalidade do nascituro, disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105>, acesso em 28/11/2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Início e fim da personalidade civil da pessoa natural. In: Instituto dos Advogados de São Paulo; MELO, Diogo Leonardo Machado de. (Org.). PRODIREITO: Direito Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2017. p. 9–58. (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 2).

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

VIANNA, Túlio. O direito ao próprio corpo, disponível em <http://emporiododireito.com.br/backup/tag/o-direito-ao-proprio-corpo/>, acesso em 29/11/2017.

Análise da medida cautelar de indisponibilidade de bens à luz da jurisprudência brasileira

Thais Milani Del Pupo

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Assessora de Promotor no Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Professora universitária. Bolsista CAPES (2017). Pesquisadora e Secretária Executiva do Grupo de Pesquisa Desafios do Processo (2018/2019). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (CNPq), vinculado à ProcNet - REde Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo e do Laboratório de Processo Constitucional (Laprocon – www.laprocon.ufes.br). Coordenadora da obra "Estudos sobre Direito Processual - Homenagem ao Professor Dr. Marcellus Polastri Lima. Coordenadora da obra "Estudos sobre Direito Processual: a interação entre o Código de Processo Civil e Ordenamento Jurídico". E-mail: thais.milani.delpupo@gmail.com.

Sumário: 1. Considerações iniciais sobre tutela cautelar e litisregulação. 2. Incidência e abrangência da medida cautelar de indisponibilidade de bens. 3. Natureza dos bens sujeitos à indisponibilidade. 4. Perigo de dano presumido: o *maquiavelismo* jurisprudencial. 5. Conclusões. 6. Referências.

1 Considerações iniciais sobre tutela cautelar e litisregulação

As partes quando ingressam em juízo buscam mediamente um provimento jurisdicional e imediatamente o *bem da vida*, ocorre que o tempo de duração do processo – inevitável pela imposição de observância aos direitos fundamentais processuais – poderá trazer prejuízos na órbita jurídica da parte, seja por que houve perecimento do bem objeto da tutela jurisdicional, seja porque a prestação ocorreu de forma extemporânea.

Visando mitigar as problemáticas que envolvem a prestação jurisdicional e o tempo de duração do processo, foi necessária a criação de mecanismos que pudessem cercar de cautela e proteger o provimento final – tutela cautelar – e, ainda, que mitigassem os efeitos deletérios do tempo entre as partes litigantes – tutela antecipada e de evidência –, evitando-se, assim, o demandante restasse prejudicado em sua pretensão¹.

¹ Neste sentido é preciosa a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 21), ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973: "A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu

Tais estratégias revelam o fenômeno processual que TESHEINER (1974)² consagrou como *litisregulação*, isto é, a atuação diretória do órgão julgador durante o período em que houver litispendência, regulando-se o período transitório que compreende a instauração do litígio e satisfação da parte. Tal fenômeno tem sua aplicação permeada em todo ordenamento jurídico processual, pois, como se sabe, não há justiça instantânea (ASSIS, 2017, p. 43).

Ainda nesta esfera da regulação endoprocessual, é necessário estabelecer uma relação com o poder de gestão do juiz ou, para sermos fiéis à doutrina norte-americana *case management*³. Acreditamos que uma das muitas faces do *case management* se traduz no poder geral de provisoriedade, de maneira que o juiz, na direção do processo poderá também interferir na eleição de instrumentos provisórios para forçar condutas processuais (prestação de caução, boa-fé e cooperação) do ator, visando assim combater aos problemas estruturais, à deficiência de prestação jurisdicional e à morosidade no processo (SEDEK, 2004).

Assim, contrariando o paralelo que muitos fazem em entre o *gerenciamento do processo* e o despacho saneador, é necessário ter em mente que o novo Sistema Processual Brasileiro, consolidado como Código de Processo Civil de 2015, ao mesmo passo que elege o processo como fase metodológica (e estabelece uma relação equilibrada entre os autores processuais⁴), não exige do juiz de seu poder gerenciador, poder este que

contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça. (...) É preciso, portanto, que os operadores do Direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há razão para timidez no uso da técnica antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado”.

² No Brasil foi José Maria Rosa Tesheiner (1974) quem, na primeira metade da década de 70, passou a defender a existência de uma *litisregulação* no processo, na obra *Medidas Cautelares*, no entanto também Carnelutti (1939) já havia exposto sobre o tema em sua obra *Sistema del Diritto Processuale Civile*, com alguma diferença de perspectiva é verdade, todavia, por não ser capaz de explicar como a regulação provisional da lide é útil a composição do litígio, acabou abandonando a empreitada, acerca disso escreveu também Tesheiner (2016): “O que Camelutti não viu é que há *sempre* regulação provisória da lide, ainda que ninguém pretenda cautela. A idéia de *litisregulação* aponta para essa realidade de duas faces. Assim, quando, para determinado caso, a lei prevê o seqüestro, também há regulação provisória da lide se a lei nega o seqüestro. Existe porque não poderia não existir. Assim, na ação de alimentos existe *litisregulação*, quer sejam, quer não sejam devidos alimentos provisionais. Para que não houvesse *litisregulação* seria necessário que esses alimentos fossem, ao mesmo tempo devidos e não devidos”.

³ Paulo Eduardo Alves da Silva (2010, p. 35) conceitua o “gerenciamento de processos” como “planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo”.

⁴ Cf.: ZANETI JR.; GOMES, 2011; MITIDIERO, 2015; OLIVEIRA, 2008; MADUREIRA, 2015; 2017.

atua sobre as partes antes mesmo do início do debate entorno do direito, como é o caso das tutelas antecipadas antecedentes.

Neste contexto, parece-nos correto pensar que o gerenciamento do processo pelo juiz não está limitado apenas a uma fase do processo, bem como não diz respeito unicamente à correção de erros procedimentais, alongando-se por todo o processo, tendo início antes mesmo do ajuizamento da ação, até o seu provimento final (GONÇALVES; SOUZA BRITO, 2015, p. 297).

Não há dúvidas que o Estado ao tomar para si o poder-dever jurisdicional, e impedir a realização da justiça *pelas próprias mãos*, tornou o processo, enquanto provocação jurisdicional, um produto fim de sua atuação, assim a lide, para tais fins, “*representa um problema social e que resolvê-la, de uma maneira ou de outra, é incumbência do Estado*” (SILVA, 2010, p. 35-36)⁵.

Estabelecidas essas premissas acerca das noções que fundamentam a tutela provisória, seja ela satisfativa ou não satisfativa (cautelar), temos que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92), atenta à necessidade de mitigação dos efeitos temporais na prestação jurisdicional, prescreveu três modalidades de medidas cautelares: a indisponibilidade de bens (art. 7º), sequestro (art. 16) e afastamento cautelar do agente público (art. 20).

É importante ressaltar que a previsão de medidas típicas não tem o condão de afastar a atuação do *poder geral de cautela* – que, em nosso ver, na verdade passou a ser a regra no diploma de 2015 – consagrado no art. 297 e 301, do Código de Processo Civil, especialmente porque adotamos como premissa a existência de um Microssistema da Tutela Coletiva, na qual sem dúvida está abarcada a probidade administrativa, como direito difuso que é, havendo, portanto, aplicação direta do Diploma Processual⁶.

⁵ A ideia de que o processo tinha apenas efeitos endógenos ficou para trás juntamente com fase autonomista do direito processual, pois os instrumentalistas, como frutos de um Estado Social Democrático passam a conceber os fins extraprocessuais, o que fica claro na seguinte exposição de Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 77): “mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual), sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram”.

⁶ Neste sentido é lição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 49), ao exporem que “o CPC-15 não é um “Código Oitocentista”. Assume, novamente, à luz da necessidade de código, o dever de dar unidade narrativa ao direito processual (art. 15. Aplicação supletiva, subsidiária aos demais processos de produção de normas jurídicas). Organiza, pela introdução uma Parte Geral e pela consagração de normas fundamentais, um outro patamar de unidade, um sistema aberto, flexível e combinado com a Constituição e com os microssistemas processuais, em especial com o processo coletivo, fazendo

No contexto da probidade administrativa, destacamos que a litisregulação deve atentar-se para um fator essencial, o interesse da sociedade em uma atuação proba e moralmente idônea da Administração Pública. Pois, o direito em voga não é individual e o duelo não é para satisfação da vontade das partes e sim da coletividade⁷.

No entanto, que pese seja necessária observância às características peculiares do direito em questão, estas não poderão desequilibrar a relação jurídica processual, tampouco sacrificar direitos processuais tão caros e de custoso desenvolvimento no Estado Constitucional de Direito, como é o caso do Devido Processo Legal, Presunção de Inocência, o Contraditório e a Ampla Defesa.

Tomando por base as premissas expostas e considerando a nova sistemática processual em vigor a partir do Código de Processo Civil de 2015, o presente estudo propõe-se abordar a indisponibilidade de bens a partir das decisões dos tribunais brasileiros sobre a matéria, sem deixar de dialogar com a doutrina, sabendo-se, desde já, que se trata de matéria, verdadeiramente, controversa.

2 Incidência e abrangência da medida cautelar de indisponibilidade de bens

A indisponibilidade de bens é medida que encontra previsão no art. 37, §4º, da Constituição Federal, ao lado do mandamento constitucional de ressarcimento ao erário. No âmbito infraconstitucional, recebeu regulação pelo art. 7º, *parágrafo* único, da Lei de Improbidade Administrativa, evidenciando-se o esforço legislativo em se evitar que o requerido das Ações de Improbidade dissipe os bens, e, com isso reste impedindo de arcar com os danos causados pela atuação ilícita. Posto isso, não há dúvidas de que se trata de medida com índole acautelatória⁸.

O art. 7º, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que se o ato ímprobo “causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito” é cabível a medida de indisponibilidade de bem. A primeira vista, a redação do artigo parece ser isenta de dúvidas, sendo aplicável a medida cautelar às condutas previstas tanto no art. 9, quanto no art. 10, da Lei nº 8429/92⁹.

referência expressa às Ações coletivas (art. 139, X e art. 985, I e II). Não está de costas para o microsistema, o abraça e envolve, sendo ponte de ligação entre o processo e a Constituição”.

⁷ Na doutrina, cf.: NEVES; OLIVEIRA, 2015, p. 119-122; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 47-53; GARCIA; ALVES, 2008, p. 607; SENNA, 2012, p. 312-312. Na jurisprudência, cf.: STJ, 2ª T., AgRg no Resp 1.219.033/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.03.2011, DJ 25.04.2011; STJ, 2ª T. REsp 1.108.542/SC, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.05.2009, DJ 29.05.2009; REsp 401.964/RO, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.10.2002, DJ 11.11.2002.

⁸ Cf.: STJ, 1º T., REsp. 1.040.254/CE, Rel. Min. Denise Arruda, 15. 12. 2009, DJ 02.02.2010.

⁹ Este é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa nos seguintes acórdãos, cf.: STJ, 2ª T, REsp 821.720/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 23.10.2007, DJ 30.11.2007;

Ocorre que, com a publicação da Lei nº. 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, passou-se a questionar a possibilidade da aplicação da medida de indisponibilidade de bens às condutas que ensejam enriquecimento ilícito, tendo em vista que a redação do §4º, do art. 19¹⁰, da lei supramencionada, é explícita quanto à restrição aos casos de dano ao erário. Assim sendo, considerando-se a pungente necessidade de se aplicar uma interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico, também no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa haveria a restrição.

Somando-se a previsão legal, há a concretizada posição de ser cabível o sequestro quando se tratar de cautelar que recaia sobre coisa certa, no caso em tela, do bem proveniente do enriquecimento ilícito, de maneira que ao art. 9, da LIA, somente seria aplicável a cautelar prevista no art. 16, da mesma lei.

Ademais, historicamente, tem sido opção legislativa a atribuição à cada conduta de uma cautelar específica, conforme se pode verificar no art. 141, §31, 2ª parte, da Constituição Federal de 1946, do art. 1º, da Lei nº. 3.164/57 (Lei Pitombo-Gódoilha) e do art. 1º da Lei nº. 3.502/58 (Lei Bilac Pinto) (ALVES; GARCIA, 2017, p. 1101).

Não podemos deixar de anotar, também, que após a previsão do art. 19, §4º, da Lei de Anticorrupção, não houve nova manifestação jurisprudencial que pudesse pesar no debate doutrinário.

Posto isso, pequena parte da doutrina¹¹ tem se posicionado defendendo que o modelo de cautelar traçado pela LIA e pela Lei Anticorrupção é o mesmo, não sendo aplicável às condutas de enriquecimento ilícito a indisponibilidade de bens, da mesma forma que não se deve aplicar quando houver apenas dano ao erário o sequestro, pois, se trataria de equívoco, uma vez que “havendo dano, todo o patrimônio do agente, genericamente responde pela indenização” (GARCIA; ALVES, 2017, p. 1101).

De outro lado, posicionam-se os que entendem que a aplicação da medida típica tem lugar tanto quando se tratar de dano ao erário, quanto nos casos de enriquecimento ilícito, sendo irrelevante para fins de cabimento a tipificação da conduta¹². Nesta esfera,

STJ, 1ª T., REsp 206.222/SP, Rel. Min. Teori Albino Cavalcanti, j. 13. 12. 2005, DJ 13.02.2006; STJ, 1ª. T., REsp 293.797/AC, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 13.03.2001, DJ 11.06.2001; STJ, 1º T., REsp 1078640/ES, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09. 03. 2010, DJ 23.03.2010.

¹⁰ “§4º. O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé” (Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: jul. 2021).

¹¹ Cf.: GARCIA; ALVES, 2017. p. 1101.

¹² Cf.: NEVES; OLIVEIRA, 2015. p. 249; ASSIS, 2017, p. 49; FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 378.

destoam os que se embasam na distinção das condutas para traçar a parcela de bens que poderá ser abarcada pela cautela¹³.

Apesar da discussão doutrinária, não observamos motivo para alteração jurisprudencial, uma vez que efetivamente a indisponibilidade é medida de constrição genérica, onde é dispensável a individualização dos bens¹⁴. Ademais, as condutas do art. 9º, da LIA, poderão ensejar a devolução não apenas de bens, mas de valores também, caso em que o meio mais idôneo de garantir a eficácia do processo é a indisponibilidade de bens.

No entanto, desde já esclarecemos que o entendimento aqui desposado diverge daquele defendido pelo STJ, por questão da premissa adotada. Àquela corte entende ser cabível cautelar de indisponibilidade sempre que for possível ao cabo do processo execução por quantia certa, e, por isso mesmo acaba por concluir que havendo possibilidade de aplicação de multa civil, tal valor deverá ser incorporado no volume de bens constrictos – como se verá adiante.

Para nós, outro é o entendimento. A cautelar de indisponibilidade poderá ser aplicada às condutas do art. 9º da LIA, pois é a vontade da lei exposta no *caput* do art. 7º, uma medida específica para garantir a execução nestes casos *sem mais, sem menos*. Se o objetivo fosse apenas a garantir execução por medida certa não haveria necessidade de o legislador dar-se ao trabalho criar uma nova cautelar típica, poderia, tal como fez no art. 16, repetir uma existente no diploma processual vigente à época, isto é, o arresto¹⁵.

¹³ É o caso de ARAKÉN DE ASSIS (2017, p. 50), ao expor: “Cuidando-se de reparação do dano, único limite é o montante do crédito, estimado, a grosso modo, para obedecer diretriz do art. 7º, parágrafo único (“recairá sobre os bens que assegurem o integral...”), ou seja, o princípio da suficiência; ao invés, no caso do enriquecimento ilícito, também se mostra indispensável atender o art. 6º, do mesmo diploma, que comina ao agente público beneficiário do ato de improbidade a perda dos bens ou dos valores acrescidos em razão do ilícito, e não, aos bens adquiridos anteriormente”.

¹⁴ Inclusive nesta seara já se discutiu a respeito de quais bens estariam sujeitos à indisponibilidade, se somente os adquiridos após a conduta lesiva, ou quaisquer bem, o posicionamento adotado, no mesmo sentido exposto é que a cautelar do art. 7º, da LIA é medida genérica, podendo recair sobre todo o patrimônio. Cf.: STJ, 2ª. T., REsp 821.720/DF, Min. Rel. João Octávio de Noronha, J. 23.10.2007, DJ 30.11.2007; STJ, 1ª. T., REsp 206222/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 13.12.2005, DJ 13.02.2006; STJ, 1ª. T., REsp 293797/AC, Rel. Min. Garcia Vieira, J. 13.03.2001, DJ 11.06.2001, já citados.

¹⁵ É por este motivo mesmo, que a relação entre indisponibilidade de bens e arresto não deixou de ser notada pela doutrina. Arakén de Assis (2017, p. 49-50), assevera que o regime jurídico indisponibilidade, deverá ser o mesmo do arresto, embora o CPC/15 não mais o delineie especificamente. Desta feita, para o renomado autor, duas seriam as consequências imediatas: a constrição torna ineficaz os negócios jurídicos dispositivos, havendo a perda da posse direta pelo réu, e o objeto indisponível se sujeita as mesmas restrições dos bens passíveis de arresto, aplicando-se assim a impenhorabilidades previstas no art. 833, do CPC/15. Em igual sentido, Alexandre Freitas Câmara (2003, p. 93-94) chega a dizer que é possível admitir maior amplitude da referida medida cautelares prevista em lei especial, pois qualquer que seja o nome dado, se a constrição se volta para garantia de futura execução por quantia certa, independentemente de qual seja o nome dado, será sempre arresto. Cf.: GARCIA; ALVES, 2018, p. 104. Certamente essa posição deve ser analisada com cuidado, pois como se verá mais adiante, a

Desta feita, aproveitando oportunidade para ampliar o debate às condutas contrárias aos Princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA), uma vez sendo silente o mandamento do art. 7º, da Lei nº. 8.429/92, salientamos que, em que pese poder ensejar prejuízos ao erário, não deverá ser acautelada pela indisponibilidade.

Nossa percepção do tema não acarreta prejuízo algum, pois, se houver dano ao erário, a constrição se dará com base no art. 10, da mesma lei¹⁶ e se culminar em enriquecimento ilícito, o arrimo é o art. 9 – nos termos já expostos. A diferença prática que há, em nossa concepção, é a impossibilidade de aplicação apenas para resguardar aplicação de multa civil, prevista no art. 12 da LIA para todas as condutas consideradas ímprobas.

A questão da multa civil é tema igualmente capaz ensejar debates. O STJ já se posicionou no sentido ser a indisponibilidade de bens capaz de encampar a multa civil, visto que “essa medida cautelar tem por objetivo assegurar futura execução da sentença condenatória proferida na ação civil por improbidade administrativa” (STJ, REsp 1.023.182/SC)¹⁷. A nosso ver, andou mal a Corte de Justiça.

Trata-se a multa civil de sanção, a ser aplicada nos termos previstos pelo art. 12, da Lei nº. 8.429/92, conforme se observa na redação do art. 7º, da mesma lei, a cautelar de indisponibilidade visa garantir o retorno ao *status quo*, isto é, o ressarcimento ao erário e a perda da posse – ainda que somente a indireta – do bem ou valor que adentrou ilicitamente da esfera do indivíduo.

Assim, não se verifica plausível acautelar valores que correspondem à sanção – especialmente quando há flexibilização dos requisitos de aplicação da cautelar. Como se sabe a tutela cautelar tem por objeto – e sobre isso já tratamos na introdução deste estudo – garantir a eficácia do processo, evitando-se que ao cabo este perca o bem litigioso¹⁸. Destarte, não se pode, jamais, utilizar-se de instrumentos cautelares para antecipar sanções que só tem sua aplicação cabível após o trânsito em julgado, é um

jurisprudência tem tratado a indisponibilidade com uma regalia processual, por assim dizer, admitindo um perigo de dano implícito.

¹⁶ Cf.: FERRARESI, 2011, p. 56-57.

¹⁷ No mesmo sentido, cf.: STJ, 2ª. T, REsp 1.461.892/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/03/2015, DJ 06/04/2015; STJ, 1ª. T., REsp 1.461.882/PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 05/03/2015, DJ 12/03/2015; STJ, 1ª. T. REsp 1.176.440/RO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/09/2013, DJ 04/10/2013; STJ, 2ª. T., AgRg no REsp 1.191.497/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20/11/2012, DJ 28/11/2012; STJ, 1ª. T. AgRg no REsp 20853/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 21/06/2012, DJ 29/06/2012.

¹⁸ Alguns Tribunais de Justiça têm se insurgido contra a posição adotada pelo STJ, como se observa nos seguintes acórdãos: TJSP, 6ª. Câmara de Direito Público, AI 20605021720138260000, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. 24.03.2014, DJ 26.03.2014; TJSP, 6ª. Câmara de Direito Público, AI 20444539520138260000, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, j. 17.03.2014, DJ 27.03.2014; TRF-3, 6ª. T, AI 00273946920144030000/SP, Rel. Des. Johansom di Salvo, j. 14.09.2017, DJ 18.10.2017.

dano injusto na esfera do réu, pois, por pior que seja a conduta realizada, militam em seu favor os princípios constitucionais da presunção da inocência e do devido processo legal.

Por outro viés, acreditamos que a indisponibilidade poderá recair, quando for o caso, sobre o dano moral coletivo pleiteado pelo legitimado, isso porque, neste caso, trata-se de dano decorrente da violação do bem jurídico tutelado pela LIA, como elemento mesmo da responsabilidade, e diga-se, que na Ação Civil de Responsabilidade por Improbidade Administrativa, o que se tem é uma responsabilidade extracontratual qualificada, com todos os elementos já consagrados pela doutrina (conduta, dano, nexo de causalidade, elemento subjetivo).

Sendo assim, o integral ressarcimento do dano abrange o dano material e eventual dano moral pleiteado pelo requerente, assim, incorporamos o chamado *Princípio da Suficiência* (ASSIS, 2017, p. 49), de maneira que deverão se tornar indisponíveis tanto bens quantos forem suficientes a assegurar o integral ressarcimento o erário.

Neste diapasão, fazemos uso do momento, para tecer todas as críticas ao mau uso da cautela, fazendo-a recair sobre todo o patrimônio do devedor. Trata-se, como bem salientou o STJ no AgRg no REsp 1.168.259/RJ (e-RSTJ, v. 228, p. 196) de completa irrazoabilidade, uma espécie de punição antecipada ao réu, cuja vida econômica sofre reprimenda, muitas vezes *ab initio*, com a concessão de antecipação do pleito cautelar, e, não é demais ressaltar a morosidade do judiciário, em que tais ações levam em média mais de seis anos para serem julgadas¹⁹.

Assim, parece-nos razoável que o limite a ser observado seja o valor da causa, pois, dentre outros objetivos (recolhimento de custas, fixação de procedimentos e competências etc), a determinação do valor da causa serve para nortear o órgão julgador a respeito de futuro débito que poderá ser constituído, e, sem qualquer dúvida, deverá ser levado em consideração no momento em que houver atuação cautelar²⁰, excepcionando-se dele, a multa civil, se estiver incluída no valor descrito quando da apresentação da inicial²¹⁻²².

¹⁹ Disponível em: < <http://naoaceitocorruptao.org.br/2017/radiografia/radiografia/destaques/>>. Acesso em: jul. 2021.

²⁰ Cf.: TJSP, AI 20361023620138260000/SP, Rel. Min. Vicente de Abreu Amadei, j. 10.12.2013, DJ 11.12.2013.

²¹ Em sentido oposto, entendo ser o caso de constrição de todos os bens do requerido: TJSC, 2ª Câmara de Direito Público, AI 74298/SC, j. 12.08.2002, DJ 23.08.2002.

²² Há jurisprudência admitindo a garantia de execução da multa, no entanto, tal a medida cabível é atípica, e dependente do poder geral de cautela, cabendo aqui a demonstração dos requisitos previstos no diploma processual, neste sentido: STJ, 2ª. T., REsp 1.023.182/SC, Rel. Min. Castro Meira, J. 23.09.2008, DJ 23.10.2008.

Ainda neste sentido, a guisa de complemento, destacamos que não deve ser ignorado que o valor da causa, em determinados processos, acaba por ser remotamente inferior ao dano desvelado pela investigação, caso em que, admitimos ser possível ao legitimado, quando presente a modificação da situação de fato, solicitar ampliação dos bens constrictos ao juiz da causa, a situação inversa igualmente merece acolhida, posto que não se coaduna com o escopo da cautelar manter indisponíveis bens superiores ao dano apurado.

3 Natureza dos bens sujeitos à indisponibilidade

A natureza dos bens sujeitos a indisponibilidade é outra aresta que necessita de abordagem. Se por um lado parece claro as limitações impostas pelo art. 833, do Código de Processo Civil, a jurisprudência não permite a certeza, mediante a flexibilização da impenhorabilidade que recaí sobre o bem de família²³.

Trata-se de posicionamento realmente questionável daquela Corte de Justiça – que faz uso de fundamento ainda mais controverso²⁴ – tendo em vista a pacificação acerca da impenhorabilidade do imóvel da família, e o crescente movimento de ampliação dessa proteção²⁵. Mostrando que a jurisprudência no âmbito da Ação de Improbidade não

²³ Cf.: STJ, 1ª. T., AgRg no REsp 956.039/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 03. 06. 2008, DJ. 07.08.2008, STJ, 2º. T, REsp 900.783/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.06.2009, DJ 06.08.2009; STJ, 1ª T., REsp 806.301/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.12.2007, DJ 03.03.2008. Em sentido diverso: STJ, 1ª Seção, REsp, 1.319.515/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.08.2012, DJ 21.09.2012.

²⁴ O fundamento para afastar proteção tão cara à dignidade humana poderá ser retirado da ementa que colacionamos, parcialmente: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEFERIMENTO DE LIMINAR COM DETERMINAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO E SEM OMISSÃO. CARÁTER DE BEM DE FAMÍLIA QUE NÃO INFLUENCIA NA INDISPONIBILIDADE E QUE DEMANDA REEXAME DE PROVA. I – [...]. II – [...]. III – O eventual caráter de bem de família dos imóveis nada interfere na determinação de sua indisponibilidade. Não se trata de penhora, mas, ao contrário, de impossibilidade de alienação. A Lei n.º 8.009/90 visa a resguardar o lugar onde se estabelece o lar, impedindo a alienação do bem onde se estabelece a residência familiar. No caso, o perigo de alienação, para o agravante, não existe. Ao contrário, a indisponibilidade objetiva justamente impedir que o imóvel seja alienado e, caso seja julgado procedente o pedido formulado contra o agravante na ação de improbidade, assegurar o ressarcimento dos danos que porventura tenham sido causados ao erário. [...]" (STJ, 1ª. T, AgRg no REsp 956.039/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 03. 06. 2008, DJ. 07.08.2008).

²⁵ Nesta onda de ampliação, o conceito de bem de família passou a abarcar também os imóveis pertencentes às pessoas solteira, separadas e viúvas (é o que observa nos seguintes acórdãos: STJ, 2ª. T., AgRg no REsp 1.341.070/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 03/09/2013, DJ 11/09/2013; STJ, 3ª. T., AgRg no AREsp 301580/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28/05/2013, DJ 18/06/2013; STJ, 4ª. T., EDcl no REsp 1084059/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11/04/2013, DJ 23/04/2013; STJ, 3ª. T., REsp 1126173/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09/04/2013, DJ 12/04/2013; STJ, 4ª. T., REsp 950663/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/04/2012, DJ 23/04/2012; STJ, 4ª. T., EDcl no Ag 1180270/SP, Rel. Min. João Otávio De Noronha, j.10/05/2011, DJ 19/05/2011), da mesma forma a proteção tem se projetado para além do bem si, para resguardar também os bens móveis indispensáveis à habitabilidade de uma residência e os usualmente mantidos em um lar comum (ver também: STJ, 4ª. T., AgRg no REsp

segue o mesmo ritmo, que nas demais searas, criando uma injusta aplicação do direito, para questões que em seu cerne são idênticas, e versam sobre a proteção do mesmo bem jurídico: a dignidade da pessoa humana verticalizada no direito à moradia.

Assim, concluímos que a aplicação da Lei nº. 8.009/90, deve se dar no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa nos mesmos moldes que ocorre na execução guiada pelo Código de Processo Civil, e não apenas pelo motivo acima exposto, mas porque, como mencionado alhures existe o contexto de um microsistema, onde as normas estão integradas, tanto para guiar a interpretação quanto a aplicação.

Posto isso, ao defendermos tal simetria, é possível concluir também que a excepcionalidade prevista no art. 3, VI, da Lei do Bem de Família poderá afastar a referida proteção, quando a conduta ímproba for igualmente considerada crime – especialmente no âmbito do art. 9º, da LIA – o que certamente implica a necessidade de sentença transitada em julgado no juízo penal²⁶⁻²⁷.

Em decorrência do posicionamento adotado pelo STJ, possibilitando recair medidas cautelares da LIA sobre o bem de família, surge outra problemática que se encontra sem solução: como se dará a proteção do terceiro meeiro, isto é, do cônjuge ou companheiro.

O STJ já teve oportunidade de emitir juízo sobre o tema diversas vezes, mas não há unanimidade nos julgamentos. Assim, inicialmente entendeu-se pelo pagamento em dinheiro da metade cabível ao meeiro após levá-lo à leilão, evitando-se assim, o surgimento de condomínio entre o ente lesado e o cônjuge ou companheiro²⁸, no entanto, tal situação não pode ser admitida com normalidade na égide do Estado Democrático de Direito sob pena de castigo àqueles princípios constitucionais

606301/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 27/08/2013, DJ 19/09/2013; STJ, 4ª. T., REsp 875687/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09/08/2011, DJ 22/08/2011; STJ, 2º Seção, Rcl 4374/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23/02/2011, DJ 20/05/2011; STJ, 1ª. T., REsp 836.576/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/11/2007, DJ 03/12/2007; STJ, 4º. T., REsp 831157/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 03/05/2007, DJ 18/06/2007; STJ, 1ª. T., AgRg no Ag 822465/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 17/04/2007, DJ 10/05/2007), podendo alcançar até mesmo pessoas jurídicas, como é o caso de pequenas empresas, cuja sede é também local de residência do devedor (nesses termos: STJ, 1ª. T., REsp 621.399/RS, j. 19.04.2005, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20.02.2006; STJ, 2ª. T. REsp 1.024.394/RS, j. 04.03.2008, rel. Min. Humberto Martins, DJ de 14.03.2008; STJ, 4º. T., AgRg no Ag em REsp 432.989/MG, j. 10.12.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 17.12.2013; STJ, 1ª. T., REsp 949.499/RS, j. 05.08.2008, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 22.08.2008).

²⁶ De outro lado, é possível verificar decisões considerando ser suficiente à constrição a existência de indícios veementes da proveniência ilícita do bem: TRF-1, 2º Seção, MS 200901000654216, Rel. Des. Olindo Menezes, j. 19.02.2014, DJ 28.02.2014; TJRS 4ª Câmara Cível, AI 70070505599, Rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 26/10/2016.

²⁷ Cf.: GARCIA; ALVES, 2018, p. 1108.

²⁸ Cf.: STJ, 4ª. T., REsp 16.950-0/MG, Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, J. 03.03. 1993, DJ 05.04.1993; STJ, 4ª. T., REsp 3263/RS, Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, J. 18.09.90, DJ. 09.10.90.

processuais, especialmente o devido processo legal, que protege tanto a liberdade quanto os bens do arbítrio estatal.

O bem de família, por seu *status* constitucional e legal, não poderia sequer se sujeitar a restrição, de maneira que, novamente reforçamos, tratar-se de problema decorrente de equívoco na premissa adotada. É menos ainda admissível que terceiro inocente, tenha bem – especialmente se for considerado bem de família – constricto e levado à hasta pública, isso – ressalta-se – sem sentença de mérito condenando o cônjuge ou companheiro supostamente culpado, inaugurando uma modalidade judicial de expropriação²⁹.

Em outro sentido, há decisão solitária do STJ³⁰ abarcando impossibilidade da substituição da meação do bem por dinheiro, visto que “o direito do meeiro sobre os bens não pode ser substituído pelo depósito da metade dos valores obtidos em hasta pública” (RSTJ, v. 94, p. 249), no entanto a nova posição acabou forçando a criação de uma espécie de condomínio, ainda que indivisível o bem.

Cumpre-nos informar que mais recentemente tem decidido o STJ no sentido da primeira posição adotada³¹, o que indica a inexistência de uma jurisprudência firme, que permita dizer ter sido a questão solucionada, mormente porque é um problema que surge pela inconsistência dos motivos que fundamentam a possibilidade de constrição de bem de família.

Acerca do tema, temos que a previsão da corrente majoritária no STJ é equivocada, especialmente pelo flagrante desrespeito ao devido processo legal, nos termos expostos pelo inciso XXXIV da Constituição Federal, sendo inadmissível que qualquer pessoa seja privada de bem sem que tenha transcorrido todo arco processual, sendo a expropriação jurídica a última e mais drástica medida para satisfação do credor, inaplicável em sede de cognição sumária.

Assim, a meação será preservada pelo período de indisponibilidade, recaindo a constrição sobre a meação do requerido³² e somente ao cabo, uma vez condenado com

²⁹ Neste sentido já entendeu o STJ, para liberar da constrição a meação de cônjuge inocente. Cf.: STJ, 2ª. T., REsp 596434, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 23.10.2007, DJ 23.11.2007.

³⁰ Referência completa: STJ, 4ª. T., REsp 89167, Rel. Min. Barros Monteiro, J. 23.09.1996, DJ 11.11.1996.

³¹ Cf.: STJ, CE, REsp 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, J. 06.08.2001. DJ 29.04.2002; STJ, 2ª. T., REsp 132.901/SP, Rel. Min. Castro Meira, J. 05/02/2004, DJ 15/03/2004; STJ, 2ª. T., REsp 508.267/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, J. 13.02.2007, DJ 06.03.2007; STJ, 4ª. T., REsp 418083/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar J. 15.08.2002, DJ 20.09.2002; STJ, 3ª. T., REsp 439.542/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, J. 05.08.2003, DJ 01.09.2003.

³² Ressaltando-se que há jurisprudência resoluto em aceitar que indisponibilidade caia somente sobre a parcela do bem, como bem se pode ver nos seguintes acórdãos: TRF-2, 5ª. T. E., AC 280011, Rel. Min. Antônio Cruz Netto, J. 26.05.2009, DJ 01.07.2009.

a certeza operada pela máxima preclusão, é que se poderia falar em alienação do bem, devendo também neste âmbito ter a cautela de oferecer ao meeiro a possibilidade de aquisição da outra parte, como manda o art. 843, §1º, do diploma processual nos casos de condomínio.

4 Perigo de dano presumido: o *maquiavelismo*³³ jurisprudencial

A questão, a nosso ver mais polêmica, que envolve a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, é quanto à posição consagrada pelo STJ³⁴, no sentido de ser desnecessária a comprovação pelo autor de um dos requisitos da tutela cautelar: o *periculum in mora*, ou, como deseja nomear o CPC/15, o perigo de dano.

Destarte, para a indisponibilidade de bem – medida cautelar patrimonial, típica, com previsão em lei especial – houve um distanciamento dos requisitos previstos nos diploma processual, isto é, probabilidade do direito e perigo de dano, não estando condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou que esteja em eminência de fazê-lo, isso porque, como conclui o texto do acórdão REsp 1.366.721-BA (RSTJ, v. 241, p. 45), o *periculum in mora*, de forma peculiar encontra-se implícito no comando legal que rege a cautelaridade na Ação de Improbidade Administrativa, possibilitando assim, que o juízo realize uma análise do caso *in concreto*, e, decrete a indisponibilidade de bens do demandado, ainda que não exista perigo de dilapidação do patrimônio, bastando que se verifiquem nas provas carreadas fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa³⁵.

³³ Conforme ensina Maria Lúcia de Arruda Aranha (2006, p. 07): “Na linguagem comum costumamos chamar de maquiavélicas as pessoas cínicas, arditosas, traiçoeiras, que, para atingir fins inconfessáveis, usam de mentira e má-fé [...]. Em política, a máxima atribuída a Maquiavel – “os fins justificam os meios” –, desligada do seu contexto parece privilegiar exclusivamente a eficácia da ação em detrimento da valorização da conduta moral”. No presente estudo, a referência ao termo está ligada à noção empreendida pela jurisprudência pátria de que o perigo de dano está implícito no caso da indisponibilidade de bens, de maneira que, em nosso ver, ignora princípios processuais mais básicos, para assegurar futura execução.

³⁴ Cf.: STJ, 1ª. S., REsp 1319515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 22/08/2012, DJ 21/09/2012; STJ, 2ª.T., REsp 1.256.232/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 19/09/2013, DJ 26/09/2013; STJ, 2ª. T., REsp 1.343.371/AM, Rel. Min. Herman Benjamin, J. 18/04/2013, DJ 10/05/2013; STJ, 1ª.T., Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF; STJ, 1º. T., AgRg no Ag no REsp 197.901/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 28/8/2012, DJ 6/9/2012; STJ, 1ª. T., AgRg no Ag no REsp 20.853/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, J. 21/6/2012, DJ 29/6/2012; STJ, 2ª. T., REsp 1.190.846/PI, Rel. Min. Castro Meira, J. 16/12/2010, DJ 10/2/2011; STJ, 1ª. S., AgRg nos EREsp 1.315.092/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 22.05.2013, DJ 07.06.2013

³⁵ Como se tem ciência, tal posicionamento não é tranquilo em sede doutrinária, havendo intenso questionamento das razões jurídicas que embasariam a existência de diferenças de tratamento desta cautelar para as demais que orbitam o sistema processual. Cf.: MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p.

Esse entendimento foi defendido em sede doutrinária com pioneirismo de Fábio Medina Osório (1997), e na ocasião foi sustentado que prepondera a análise do requisito da fumaça do bom direito, sendo assim, quando a pretensão do autor se mostra plausível, calcada em elementos sólidos, com perspectiva concreta de procedência e imposições de sanções, a consequência jurídica adequada desde logo é a indisponibilidade patrimonial e posterior sequestro de bens (OSÓRIO, 1997, p. 241).

Ocorre que em trabalho mais recente, posterior à posição adotada pelo STJ, o mesmo autor voltou a manifestar-me sobre o tema, e, na oportunidade sublinhou que a indisponibilidade patrimonial “não é sanção e nem tutela de evidência³⁶, automaticamente vinculada à tipologia do processo”, e, portanto, “deve-se analisar cada caso concreto” (OSÓRIO, 2016, p. 501).

Neste sentido, posto a reestruturação das ideias defendidas pelo autor compartilhamos com o autor a noção de que é necessário uma análise concreta, pois não é possível que a indisponibilidade de bens torne-se efeito imediato da Ação de Improbidade Administrativa, quando na verdade é instrumento acautelatório, que deve ser concedido em casos em que objetivamente está demonstrada a necessidade³⁷.

Destarte, o mero ajuizamento de ação não autoriza a concessão de medida cautelar, mesmo porque, em que pese a seriedade com que atua o Ministério Público, principal autor de ações de improbidade, nem sempre a manipulação do instrumento está isenta de erros, podendo-se observar ações temerárias, destituídas de razoabilidade, com abuso de direito de demandar, manejadas com fins políticos, com poucos elementos probatórios, com desvio de atribuição, entre outros problemas de ocorrência repercutida no cotidiano.

Acrescentamos que é necessário reinterpretar a atual posição engajada pelo STJ, para evitar que gere efeitos ainda mais danosos. Primeiramente, é preciso expor que o perigo de dano não decorre de ato ímprobo *em si*, mas do arcabouço probatório apresentando na própria inicial. Assim, sendo incabível a pretensão ou padecendo de fragilidade congênita não há que se discutir perigo de dano.

Dizer que o *periculum in mora* decorre da gravidade dos fatos narrados na inicial é outro equívoco que deve ao máximo ser evitado, pois quaisquer das condutas previstas nos artigos 9 a 11, da LIA, são gravosas e, em alguma medida, trazem dando à sociedade,

277; COSTA, 2008, p. 260; FERRARESI, 2014, p. 59; NEVES; OLIVEIRA, 2015, p. 259; GARCIA; ALVES, 2018, p. 1105; FAZZIO JÚNIOR, 2017, p. 372.

³⁶ Considerando a indisponibilidade como tutela de evidência: STJ, 2º T., AgRg no REsp 1.375.481/CE Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 10. 03.2014, DJ 20.03.2014.

³⁷ Cf.: TJSC, 2ª CDP., AG 459063/SC, Rel. Des. Newton Janke, j. 31.08.2008, DJ 11.12.2013.

justamente por isso estão disciplinadas na Lei nº. 8.429/92, de maneira que tal argumento beira à tautologia.

Insta destacar que poderia corroborar com o pensamento adotado pela Corte de Justiça a ideia de que a Ação de Improbidade possui uma fase anterior ao recebimento de denúncia em que o juízo analisa se a plausibilidade da ação, de maneira que uma vez recebida a inicial, estariam presentes indícios da conduta ilegal. No entanto, ao fazer o juízo de admissibilidade da inicial o órgão jurisdicional não tem oportunidade de realizar uma cognição aprofundada, e somente poderá indeferi-la se cabalmente demonstrada a inexistência do fato, pois tal como no âmbito penal vige o *princípio do in dubio pro societate*³⁸. Logo, a cognição realizada nessa fase é tão refeita, que não altera substancialmente o rumo da argumentação.

É verdade que a exigência de demonstração *in concreto* do perigo de dano poderá ocasionar o esvaziamento da medida de indisponibilidade, no entanto, não nos parece concebível dizer que o perigo da demora está implícito na probabilidade do direito, pois é criar uma situação especial sem qualquer justificativa plausível, sendo a dificuldade acima relata comum à todas as searas do processo, seja ele cautelar ou de execução.

É preciso ter em mente que no Direito os fins não justificam os meios e esses correspondem à séculos de avanço no modelo processual e reflexo imediato do arquétipo estatal adotado, em nosso caso Estado Democrático Constitucional³⁹, em

³⁸ Neste sentido é a manifestação exposta no REsp 811.664/PE (RSTJ, v. 115, p. 326): “É pacífico na doutrina o entendimento de que, no juízo de admissibilidade da ação de improbidade, tangencia a inicial a questão meritória, oportunidade em que é possível verificar o juiz a insubsistência das alegações, o que leva à inadmissibilidade do pedido. Entretanto, análise dos indícios, da forma como foi feita *in casu*, extrapolou por completo o juízo de admissibilidade, impossibilitando o autor de comprovar, através das provas que requereu os fatos alegados”.

³⁹ Ressalte-se que o surgimento do Estado Democrático Constitucional ocorre com a crise do Estado Social sentida até a atualidade desde final de 1970. As principais características desse novo modelo estatal são sobrejuridificação, isto é, o aprofundamento da perda de coerência e de unidade dos sistemas jurídicos; desregulamentação e regulamentação excessiva, a judicialização rotinizada, com o surgimento de conflitos de massa, rejeição pelos juízes à decisões mais complexas, decorrentes de novos direitos, legalidade negociada, com o aumento de conceitos jurídicos indeterminados, ligações civis de princípios constitucionais, normas programáticas e cláusulas gerais, impreparação dos magistrados, tendência ao regúgio nas rotinas e no produtivismo, e o surgimento da litigação ambiental e consumerista, crise da representação política e aumento da corrupção (ZANETI JÚNIOR, p. 199-200, no prelo). Assim, em razão das deficiências presentes nesse modelo estatal, notadamente a proliferação da corrupção que decorre da pulverização do poder aliada ao baixo controle do poder pelos cidadãos é que se demanda mais participação democrática dos cidadãos nas instâncias. (ZANETI JÚNIOR, p. 200, no prelo). Daí porque o formalismo-valorativo, assimilado pelo diploma processual de 2015, se mostra como teoria científica adequada ao atual contexto histórico, vez que concede mais poder às partes para atuar nos processos mediante participação ao mesmo tempo em que provoca uma desconcentração de poderes do Estado-juiz em um processo informado por pressupostos de *globalidade, intercomunicação, e valores* positivados no ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 2008, p. 17). Nesse ponto, é preciso lembrar com Hermes Zaneti (p. 201, no prelo) que o processo é compreendido como procedimento em contraditório, orientado pela racionalidade prática procedimental como uma recomposição de forças, logo voltado ao equilíbrio entre

que o processo se torna espaço para demodiversidade (ZANETI JÚNIOR, 2014)⁴⁰, com o equilíbrio entre as partes, e uma estrutura cooperativista.

Por outro lado, é preciso considerar que a dimensão do direito defendido na ação de improbidade acaba colocando sobre ele uma luz, exibindo-o em diferente tonalidade, e, em que pese isso não justifique a diferença de tratamento processual, é motivação para que recorramos a elementos, já presentes no novo modelo processual instaurado, para a solução da questão, sem que para isso se exija esforço jurisprudencial, ou que se busquem elementos externos ao Microsistema do Processo Coletivo.

Assim, entendemos que poderá o juiz recorrer à técnica de distribuição dinâmica do ônus probatório previsto no art. 373, §1º, do CPC/15 e, antes disso, também presente no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, não se tratando, portanto, de verdadeira inovação jurídica.

Diante disso, verificando-se que o autor da Ação de Improbidade está impossibilitado de demonstrar a existência dos requisitos para concessão da tutela antecipada – e, neste ponto, cremos que o Princípio da Cooperação, mostra-se como elemento capaz de alterar os rumos da efetiva prestação jurisdicional – o juiz poderá redistribuir o ônus probatório, para que o acusado demonstre a inexistência de perigo de dano, ressaltando-se que neste estágio, como a cognição é sumária, não se existe prova cabal.

A dinamicidade do ônus probatório é fruto de uma aplicação do Direito voltado à correção⁴¹ no caso concreto, por isso mesmo observamos novamente a forte presença da ideia de que o processo é um espaço para reconstrução do Direito⁴² e não mera aplicação de normas. Neste contexto, é um momento para correção de injustiças criadas pelas normas processuais e moldado para as especificidades do caso concreto,

poder, cultura e ideologia. Trata-se de um lugar em que ocorrem as discussões democráticas³⁹, concretizando modelo deliberativo procedimental de Habermas entre as partes tendo-se em vista o requisito da pretensão de correção como forma de controle pelos participantes e pela sociedade *de que se busca uma solução ótima para a aporia fundamental da justiça*.

⁴⁰ Vem a calhar a explicação de Daniel Mitidiero (2015, p. 47): “a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor da participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo a fim de que esse se constitua firmemente como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais” (arts. 1º, 7º, 9º e 10 do CPC/2015).

⁴¹ Sobre o direito como teoria procedimental da correção prática ver: ALEXY, 2007, p. 25.

⁴² Neste sentido ensina Cláudio Penedo Madureira (2017, p. 32): “O formalismo-valorativo distingue-se do instrumentalismo por se designar como formalismo, quando coloca o processo ao centro da Teoria, como técnica adequada a induzir a proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores; e por pretender ser valorativo, quando assume que a atividade cognitiva desenvolvida no ambiente processual se destina à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes/aplicadores e por isso identifica o processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de “criação” do Direito”. Cf.: MADUREIRA, 2015, p. 268; MITIDIERO, 2005, p. 72-73; OLIVEIRA, 2006, p. 10; ZANETI JÚNIOR, p. 275-281, no prelo.

de maneira que não se pretende criar uma nova regra, para que seja *automaticamente* incumbido o réu de provar a inexistência de perigo de dano – sob o risco de cair na mesma falácia que a jurisprudência – mas que apenas quando verificado no processo a necessidade de alterar o ônus probatório o juiz o faça, de outro lado, não o observando, cumpre ao autor da ação provar a existência do requisito.

5 Apontamentos finais

A medida cautelar de indisponibilidade de bem, como instrumento a serviço da litisregulação, realiza importante papel na esfera da Ação de Improbidade Administrativa, tornando-se uma medida verdadeiramente recorrente em processos dessa natureza a ponto de existir uma “Central Nacional de Indisponibilidade de Bens”⁴³.

No entanto, como se viu, a medida prevista no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa é permeada por questões que habitam a penumbra jurídica, exigindo-se assim que a doutrina e, especialmente, a jurisprudência realizem verdadeiro esforço interpretativo, dando ensejo ao surgimento arestas.

O presente estudo ao analisar os pontos controversos que envolvem a aplicação da medida de indisponibilidade de bens, visou demonstrar que a jurisprudência, nesse âmbito, tem se revelado muitas vezes caótica e contraproducente, sob o pretexto de defesa da moralidade.

Desta maneira, restou clara a falta de coesão dos tribunais pátrios, especialmente do STJ, tanto pela existência de entendimentos destoantes entre as seções julgadoras, quanto pelas constantes alterações de posicionamentos, revelando a inexistência de uma jurisprudência consolidada e coesa, que tem tornado a aplicação da medida um terreno arenoso, palco para arbitrariedades judiciais.

Não há dúvidas que o bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa, como direito difuso, tem grande importância, sobretudo em um país com tão elevados índices de improbidade, no entanto, é certo também que a defesa da moralidade não poderá se dar a custo e sacrifício de importantes conquistas na seara dos direitos fundamentais, sejam materiais ou processuais.

⁴³ Disponível para acesso no endereço: <https://www.indisponibilidade.org.br>.

Referências

- ASSIS, Arakén de. Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. In MARQUES, Mauro Campbell (Col.); MACHADO, André de Azevedo; TESOLIN, Fabiano da Rosa (Coord.). **Medidas de urgência na Ação por Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Maquiavel: A lógica da força**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006.
- ALEXY, Robert. Institucionalização da Razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, v. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, 1939, p. 205-214, v. 1.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A indisponibilidade cautelar de bens na ação de improbidade administrativa. In: DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (Coord.). **Tendências do Moderno Processo Civil Brasileiro – aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias (estudos em Homenagem ao Jurista Ronaldo Cunha Campos)**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. **Processo Coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 4.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERRARESI, Eurico. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2011.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.
- GONÇALVES, Gláucio Ferreira Manuel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015.

MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. Porto Alegre, v. X, n. 3, p. 253-283, 2015.

MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: Observações sobre a Lei 8.429/92**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Síntese.

OSÓRIO, Fábio Medina. Periculum *in mora* presumido na Ação de Improbidade Administrativa. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, ano 28, p. 499-510, jan./mar, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Manual de improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. **Revista de processo**. Porto Alegre, ano 31, n. 137, p. 7-31, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFES**. Vitória, v. 2, p. 13-42, 2008.

SADEK, Maria Teresa A. Poder do Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Revista Opinião Pública**. São Paulo, vol. X, n. 1, maio, 2004.

SENNA, Gustavo; Tutela repressiva da Improbidade Administrativa: Princípios informadores e microssistema. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNON, Luciano Taques (Coord.). **Estudos sobre improbidade administrativa: em homenagem ao Professor J.J Calmon de Passos**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. In: **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo, ano XI, vol. 53, mar. 2011.

ZANETI JR., Hermes. **Processo civil constitucional**. 3. ed. No prelo.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 1974.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela de evidência. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 257, julho, 2016.

O novo paradigma da boa-fé processual: análise dos critérios de aferição da litigância de má-fé¹

Gabriela Azeredo Gusella

Advogada e Professora de Direito Civil e Processo Civil. Mestra em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio (FD). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora acadêmica do Grupo de Pesquisa Desafios do Processo (UFES). E-mail: gabrielagusella@gmail.com.

Iago Abdalla Fantin

Servidor Público. Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (FD). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: iagofantin@gmail.com.

Nathália Canedo Rocha

Advogada. Mestra em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora acadêmica do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (UFES). E-mail: nathalia_canedo@hotmail.com

1. Introdução

O estudo da boa-fé no direito brasileiro está longe de ser uma novidade no âmbito do Direito Privado e, após muito tempo sem ser devidamente desenvolvido pela doutrina nacional, foi transportado para outras searas, incluindo a processual.

Em que pese terem existido, no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), vários dispositivos legais que tratam dos deveres de lealdade das partes no processo, foi somente a partir do surgimento do Código Civil de 2002, com a previsão da boa-fé

¹ Capítulo originalmente publicado em: GUSELLA, Gabriela Azeredo; FANTIN, Iago Abdalla; ROCHA, Nathália Canedo. O novo paradigma da boa-fé processual: análise dos critérios de aferição da litigância de má-fé. In: *Processo e liberdade: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa*. Londrina: Editora Thoth, p. 327-341, 2019.

voltada para uma perspectiva objetiva, que a temática ganhou maior relevância, com a intensificação dos debates doutrinários, principalmente, no que concerne à natureza da boa-fé processual.

Sob a égide do CPC/1973, discutia-se a necessidade ou não de aferição do critério subjetivo para aplicação das sanções estipuladas para aqueles que praticassem condutas caracterizadas como litigância de má-fé, sendo que até o fim de sua vigência a doutrina não conseguiu chegar a um consenso.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), criou-se um arcabouço de normas ainda mais propício à defesa da boa-fé no processo, visando facilitar a identificação de forma mais precisa das condutas violadoras dos deveres de probidade, assim como buscando oportunizar o reconhecimento de quais são os critérios que devem ser levados em consideração para ensejar a aplicação das sanções por litigância de má-fé. Entretanto, partindo do pressuposto de que esse foi, de fato, o objetivo do legislador, cabe investigar se ele conseguiu ser alcançado.

Assim, com base nessas questões norteadoras, pretende-se elucidar quais foram as alterações que se deram na análise do instituto da boa-fé processual, traçando uma comparação sobre os posicionamentos da literatura jurídica no estudo da temática sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 e do Código de Processo Civil de 2015, a fim de observar se houve alguma mudança paradigmática a partir da nova legislação.

Por fim, busca-se definir se o rol do artigo 80 do CPC/2015 traz enumeração legal taxativa ou exemplificativa das hipóteses de comportamento desleal, bem como determinar, por meio da análise dos deveres de lealdade dos sujeitos processuais, qual a natureza da boa-fé processual no atual sistema jurídico brasileiro, assim como identificar se é necessário ou não aferir a presença de elementos subjetivos – dolo ou culpa –, para que seja possível aplicar uma sanção àqueles que litigarem de má-fé.

2. Boa-fé processual: um conceito em transformação

Não há dúvidas de que em sociedades tão plurais e complexas como a brasileira, há uma necessidade constante de estipulação de padrões éticos de condutas por meio de normas jurídicas, para que seja possível a regulamentação das relações intersubjetivas e, principalmente, a aplicação de sanções para aqueles que as violarem.

No direito pátrio, a boa-fé passou a ser estudada primeiramente no âmbito do Direito Privado, já existindo previsão expressa na legislação sobre a temática desde 1850.² Entretanto, seu desenvolvimento, principalmente na doutrina, deu-se somente a partir

² CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 126, p. 59-80, ago./2005. p. 8.

da regra expressa de boa-fé objetiva no §242 do Código Civil alemão – BGB, de 1900, que dispõe: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.³

Desse modo, pode-se afirmar que os primeiros conceitos sobre boa-fé no Brasil são aqueles provenientes do Direito Civil, que, conforme lições clássicas inspiradas no direito tedesco, subdividia a boa-fé em subjetiva e objetiva, no que tange à sua natureza.

A boa-fé subjetiva está atrelada ao plano psicológico do sujeito que pratica a conduta e denota falta de intenção de causar danos a terceiros e o desconhecimento da prática de ato ilícito.⁴ Em outros termos, é o estado psicológico do sujeito pautado por ausência de malícia ou pela suposição interior de estar agindo em conformidade com o direito.⁵ Em posição “antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem”.⁶

Por sua vez, a boa-fé objetiva é “norma” de conduta, pela qual se afere se o comportamento do sujeito se adequa a determinados padrões (*standards*) impostos pelo ordenamento jurídico.⁷ Prescinde, portanto, da análise da intenção do sujeito e representa a exigência de observância de padrões de comportamento pautados na lealdade, probidade, transparência, lisura e etc.⁸

A boa fé objetiva constitui, ainda, cláusula geral e estabelece um modelo de comportamento que se adequa às peculiaridades do caso, ou seja, o comportamento probo a ser exigido do sujeito deve ser valorado pelo juiz de acordo com a situação concreta. O conteúdo indeterminado desse tipo de norma afasta um raciocínio lógico-dedutivo e demanda exata relação com a noção técnica de boa-fé, de modo que o

³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.325.

⁴ VIANNA, José Ricardo Alvarez. Apontamentos sobre a litigância de má-fé no CPC/2015. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 280, p. 143-167, Jun., 2018. p. 03.

⁵ CHIOVITTI, Ana Paula. *A Boa-Fé no Processo Civil e os Mecanismos de Repressão ao Dolo Processual*. 2009. 213f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil), PUC, São Paulo. p.23.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.411.

⁷ SILVA, Bruno Freire e; MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 264, p. 51-81, Fev., 2017. p. 3-4.

⁸ VIANNA, José Ricardo Alvarez. Apontamentos sobre a litigância de má-fé no CPC/2015. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 280, p. 143-167, Jun., 2018. p. 03.

intérprete deve partir das singularidades do caso para revelar a norma de dever lateral ou anexo aplicável.⁹

Essa compreensão acerca da cláusula geral de boa-fé objetiva é importante “para que não seja invocada para justificar toda sorte de situações”.¹⁰ Exerce, portanto, “um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte”.¹¹

O instituto da boa-fé foi transportado para o direito processual e essa dualidade entre boa-fé objetiva e subjetiva identificada no Direito Civil também passou a ser encontrada na seara processual, revestida de especial importância.¹²

Segundo André Luís Santoro Carradita, em trabalho escrito sob a vigência do CPC/1973, a boa-fé objetiva no processo impõe às partes dever de agir com lealdade entre si e com o juiz, com o fim de obter provimento mais próximo possível da verdade processual, além de servir de fundamento para prevenção e repressão do abuso no processo, estando prevista no artigo 14, II do CPC/1973 e em outros dispositivos que sancionavam o abuso de situações processuais.¹³

O mesmo autor defende, ainda, que a boa-fé subjetiva consiste na presunção relativa de probidade das partes na prática de atos processuais, afastada apenas com a prova de dolo (má-fé), também com fundamento legal no artigo 14, II do CPC/1973, de modo que, com efeito, a boa-fé subjetiva constituiria garantia em face do magistrado, para que não exerça com excesso de autoridade sua função preventiva e repressiva de condutas processuais abusivas.¹⁴

De fato, a boa-fé objetiva no processo, assim como no Direito Civil, pode ser tida como um princípio¹⁵ ético-jurídico que orienta a atuação daqueles que participam do trâmite processual, exigindo desses sujeitos a observância de certos *standards* de conduta, que visam, ao mesmo tempo, estabelecer um dever de cooperação e impedir

⁹ CHIOVITTI, op. cit., p. 23-24, nota 7.

¹⁰ Ibid., p. 23-24.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 342-343.

¹² VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 167-172.

¹³ CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no código de processo civil*. 2013. 444f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), USP, São Paulo. p. 69.

¹⁴ Ibid., p. 69.

¹⁵ Apesar de também se debater na literatura jurídica a respeito da natureza da boa-fé processual, parece ser a de princípio a que melhor informa a sua importância e alcance. Como ressalta Joan Picó I Junoy, é na forma de princípio que a ideia de boa-fé se encontra, porquanto está ínsita no fundamento de diversas instituições processuais, existindo inúmeras normas que pretendem assegurá-la. (JUNOY, Joan Picó. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2003, p. 14.).

comportamentos desleais.¹⁶ Por sua vez, a boa subjetiva é verificada na exigência legal da boa-fé dos sujeitos do processo (elemento subjetivo) para configuração de alguns atos ilícitos processuais, a exemplo do “manifesto propósito protelatório”, que configura requisito para concessão de tutela provisória de evidência, na forma do artigo 311, inciso I do CPC/2015.¹⁷

Observa-se, assim, que as lições da doutrina alemã sobre a diferenciação entre boa-fé objetiva e subjetiva e, principalmente, sobre a possibilidade de estender a exigência da boa-fé objetiva ao processo, foram primordiais para a transformação do instituto e para a consagração do princípio da boa-fé processual objetiva no Brasil, sobretudo pela inclusão no sistema processual pátrio do artigo 5º do CPC/2015, que estabelece expressamente: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Este dispositivo, atualmente, é identificado como cláusula geral processual voltada para a proteção de expectativas, que permite a punição de quaisquer condutas contrárias à boa-fé processual e não apenas os comportamentos dolosos.¹⁸ Ele reforça a mudança do pensamento jurídico que se instaurou ao longo das últimas décadas, com a busca da superação da análise do processo como um campo de batalha entre inimigos para se alcançar o entendimento do processo como um ambiente cooperativo, pautado por deveres de lealdade.¹⁹ Há quem afirme, inclusive, que a boa-fé objetiva, assim como os deveres processuais e a litigância de má-fé são exemplos de previsões contidas no CPC/2015 de comportamentos cooperativos ligados ao dever de lealdade.²⁰

Como enunciado por Eduardo José da Fonseca Costa, o dever geral de boa-fé processual exige que os sujeitos processuais levem em consideração a esfera jurídica do adversário e se guiem por comportamentos esperados de um litigante honesto e leal, espelhando uma vocação ética ao processo, que não pode ser um simples jogo, que

¹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 137.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1.p. 119.

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126, p. 59-80, ago./2005. p. 9.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 142.

²⁰ ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147.

beneficia os astuciosos.²¹ Nesse contexto, é inaceitável que a deslealdade de uma parte seja “o motivo determinante da derrota da outra ou de eventuais prejuízos por esta sofridos”.²²

Cabe registrar, entretanto, que o artigo 5º não é de toda uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, já que o Código de Processo Civil de 1973 possuía previsão semelhante, impondo deveres de lealdade e boa-fé a todos que participam do processo (artigo 14, inciso II). Contudo, inicialmente, a doutrina brasileira mostrava não ter ainda o conhecimento ou não dominar completamente o repertório teórico da boa-fé objetiva, de maneira que o texto normativo, à época, era interpretado, tão somente, como uma proibição geral de comportamentos dolosos²³, que, por isso, deveriam estar tipificados na lei.

A inclusão de uma cláusula geral de boa-fé no novo diploma processual, portanto, muito contribuiu para a compreensão de que os litigantes não devem apenas respeitar as condutas expressamente previstas na legislação como violadores da boa-fé, mas devem pautar toda a sua atuação processual em padrões éticos de conduta.

Ademais, junto a essa cláusula geral de boa-fé, o diploma processual civil de 2015, no artigo 8o, traz um rol de condutas que configuram litigância de má-fé e, por isso, ensejam a aplicação de sanções. Assim, o CPC/2015 concretiza a utilização de dois diferentes métodos legislativos: o uso de cláusula geral, com seus respectivos termos vagos; e a previsão de hipóteses casuísticas visando sancionar aqueles que litigarem de má-fé. Vale ressaltar que a utilização dos dois métodos simultaneamente não é novidade no nosso ordenamento, já existindo desde o CPC/1973, o que se extrai da redação dos artigos 14 e 17.²⁴

O que se deve perquirir, portanto, é se o mencionado rol disposto anteriormente no artigo 17 do CPC/1973 e, atualmente, no artigo 8o do CPC/2015, esgota as condutas que poderão ser sancionadas pelo juiz por comportamento processual desleal.

Da mesma forma que ocorria com o artigo 17 do CPC/1973²⁵, é possível identificar divergência na doutrina, existindo autores que ainda defendem a taxatividade das hipóteses previstas nos incisos do artigo 8o do CPC/2015. Entretanto, conforme

²¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A moralização da relação processual civil e o sistema de repressão à litigância de má-fé. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região*, v. 113, p. 22-47, 2012. p. 9.

²² *Ibid.*, p. 9.

²³ DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 90-91.

²⁴ ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 139.

²⁵ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual: aspectos doutrinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

afirmam Eduardo Lamy e Pedro Henrique Reschke ao defenderem a taxatividade, isso não quer dizer que não existam outras hipóteses de má-fé processual, mas que o significado jurídico do que vem a ser litigância de má-fé especificamente somente pode ser encontrado com base nas condutas descritas nesse dispositivo legal.²⁶

Contudo, em razão da infinidade de situações que podem surgir como decorrência das relações intersubjetivas complexas durante o curso processual, a utilização de um rol exemplificativo de hipóteses de condutas desleais mostra-se mais eficaz, até mesmo diante da impossibilidade de se antever toda e qualquer situação jurídica de forma pormenorizada em textos legais.²⁷ Esse entendimento, inclusive, também já era defendido por alguns processualistas na vigência do CPC/1973.²⁸

Vê-se, pois, que apesar da divergência existente na literatura jurídica, o melhor posicionamento, a nosso ver, é aquele que defende que o artigo 80 do CPC/2015, assim como ocorria com o artigo 17 do CPC/1973, elenca apenas algumas condutas que podem configurar a litigância de má-fé, tendo caráter exemplificativo.²⁹

3. A litigância de má-fé: análise comparativa dos dispositivos legais do CPC/73 e do CPC/2015

Em comparação à redação dos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) que disciplinavam a boa-fé processual, é possível afirmar que o texto legal dos artigos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) não sofreu grandes alterações.

De fato, o artigo 14, inciso II do CPC/1973 exigia das partes e de todos aqueles que participassem do processo uma conduta exercida “com lealdade e boa-fé”, instituindo, portanto, uma regra aberta que poderia ser aplicada a qualquer caso, assim como,

²⁶ LAMY, Eduardo de Avelar; RESCHKE, Pedro Henrique. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 196.

²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1. p. 120.; SILVA, Bruno Freire e; MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 264, p. 51-81, Fev., 2017. p. 6.

²⁸ ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 139.

²⁹ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Tomo I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 286.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 317.

atualmente, está consignado no já citado artigo 5º do CPC/2015, entendido como uma cláusula geral de lealdade processual.

Assim, com relação à análise sobre a taxatividade ou não das hipóteses de violação à boa-fé processual, já trabalhada no tópico anterior, é possível afirmar que a contribuição do CPC/2015 mais se refere à mudança impingida no subconsciente dos operadores do Direito – que passaram a concordar sobre esse caráter exemplificativo – do que uma mudança baseada propriamente na redação da lei.

Ademais, quanto às hipóteses casuísticas de comportamentos que configuram litigância de má-fé, também não se vislumbram alterações legislativas significantes. O rol do artigo 80 do CPC/2015 acabou por reproduzir quase na íntegra as hipóteses do artigo 17 do CPC/1973. Somente houve alteração no *caput*, com a substituição da expressão “reputa-se” por “considera-se” e também na redação do inciso VI, do artigo 80 do CPC/2015, que traz como hipótese de litigância de má-fé “provocar incidente manifestamente infundado”, em que foi suprimido o plural da redação anteriormente prevista no artigo 17, inciso VI do CPC/1973 – “provocar incidentes manifestamente infundados”. Ainda que a alteração tenha sido mínima, a correção da redação acaba por evitar dúvidas quanto à necessidade de comportamento reiterado do sujeito processual para a caracterização da litigância de má-fé neste caso.

Diferentemente da tímida mudança de redação das hipóteses de litigância de má-fé, o novo sistema processual estipulou um considerável aumento do valor da multa a ser imposta ao litigante de má-fé, que, anteriormente, não poderia exceder um por cento do valor da causa (artigo 18, *caput*, CPC/1973) e passou a ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa (artigo 81, *caput*, CPC/2015). Inovou-se, ainda, para os casos em que o valor da causa for irrisório ou inestimável, quando a multa poderá ser fixada com base no salário mínimo, em até dez vezes do valor do mesmo (artigo 81, §2º, CPC/2015).

A parte que litigou de má-fé também deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios e de todas as despesas sofridas pela outra parte por conta desse comportamento (artigo 81, *caput*, CPC/2015 e artigo 18, *caput* do CPC/1973). Na hipótese de haver dois ou mais litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou, solidariamente, quando se coligarem para a lesão (artigo 81, §1º, CPC/2015 e artigo 18, §1º do CPC/1973). Entretanto, nesses pontos, não houve qualquer alteração no texto legal a ser destacada.

Em caso de prejuízo comprovado daquele que sofreu comportamento processual desleal, será fixada indenização para compensar as perdas e danos (artigo 16 do CPC/1973 e artigo 79 do CPC/2015). Nesse caso, o CPC/1973 estabelecia que o *quantum* da indenização seria de vinte por cento sobre o valor da causa ou em valor apurado por

liquidação (artigo 18, §2º). No CPC/2015, o juiz fixará concretamente o valor da indenização ou, caso não seja possível mensurá-lo pelas provas produzidas no processo, apurará o valor em liquidação nos próprios autos (artigo 81, §3º, CPC/2015). Essa alteração parece ser mais consentânea com a lógica das perdas e danos, que não podem ser presumidas, mas devem refletir *in concreto* o valor do prejuízo.

Vê-se, pois, quanto às mudanças legislativas, que o foco ficou reservado mais ao aumento do valor da sanção e ao acerto, ainda que mínimo, de algumas questões de redação do Código de Processo Civil de 1973, perdendo o legislador a oportunidade de melhor delimitar as condutas que ensejam a litigância de má-fé, o que contribuiria para a identificação de qual foi o critério eleito para aferição da boa-fé processual – objetivo ou subjetivo.

Por ter perdido a oportunidade de facilitar o estudo e a aplicação prática do instituto, o legislador processual civil não conseguiu pôr fim à discussão a respeito da natureza da boa-fé processual, razão pela qual ainda é necessária a sua análise.

4. Aferição dos critérios subjetivo ou objetivo para responsabilização processual pela violação da boa-fé

Como já abordado anteriormente quando se tentou conceituar a boa-fé, a doutrina clássica sempre vislumbrou a possibilidade de ela ser subjetiva ou objetiva, dependendo da necessidade ou não, respectivamente, da existência do elemento volitivo do agente para fins de responsabilização decorrente da sua violação.

Transportando essa dicotomia entre a responsabilização objetiva e a subjetiva para o processo, há que se reconhecer que, mesmo durante a vigência do CPC/1973, havia forte divergência na literatura jurídica e, por isso, uma ausência total de sistematização a respeito da natureza da responsabilização processual brasileira: se objetiva ou subjetiva.

No início da aplicação da legislação processual civil de 1973, havia uma tendência maior pela necessidade de aferição do critério subjetivo, principalmente, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, em razão da comum relação que se fazia com o postulado do Direito Penal extraído do artigo 5º, XXXIX, de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Com o tempo, ficou difundida uma visão da boa-fé processual mais consentânea com a Constituição da República – seja com base no dever de solidariedade previsto no artigo

3º, l³⁰; no princípio do contraditório previsto no artigo 5º, LV³¹; ou mesmo com base na garantia do devido processo legal³² – e, pouco antes da elaboração do CPC/2015, passou a existir uma predominância na doutrina pelo entendimento de que não era necessária aferição de dolo ou culpa, por ser objetiva a boa-fé no âmbito processual.³³

Assim, pode-se afirmar que alguns autores já consideravam todas as condutas do antigo artigo 17, do CPC/1973, equivalentes quase que integralmente ao atual artigo 80 do CPC/2015, como de natureza objetiva.³⁴ Entretanto, mesmo com essa mudança de posicionamento na doutrina, ainda era possível vislumbrar grande celeuma pela existência daqueles que se posicionavam no sentido oposto, defendendo que todas as hipóteses do artigo 17 do CPC/1973 careciam de análise do elemento subjetivo para caracterização da litigância de má-fé, assim como da fraude no processo e do abuso de direito.³⁵

Talvez como decorrência da falta de efetiva alteração com a elaboração do CPC/2015 na redação dos dispositivos afetos à boa-fé do CPC/1973, continua a reinar uma completa falta de sistematização sobre o assunto por parte da doutrina.

Diz-se isso porque, da mesma forma que ocorria ao tempo da vigência do CPC/1973, a literatura jurídica ainda não conseguiu chegar a um consenso sobre qual foi o critério eleito pelo legislador para fins de identificação e punição de uma conduta contrária à boa-fé processual.

Assim, como não houve alteração significativa ao se comparar a redação do artigo 17 do CPC/1973 com a do artigo 80 do CPC/2015, continua existindo atualmente forte divergência na literatura jurídica, não havendo como afirmar que existem somente critérios de natureza objetiva ou somente critérios de natureza subjetiva.

³⁰ VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 163.

³¹ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 126, p. 59-80, ago./2005. p. 04.

³² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: parte geral e processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1, p. 124; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 176.

³³ REZENDE, Ariadi S.; VINCENZI, Brunela Vieira de; MANSUR, João Paulo. A Constitucionalização do Processo Civil brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, v. 44, p. 1-15, 2016. p. 7-9. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revistao44/A_CONSTITUCIONALIZA%C3%87AO_DO_PROCESSO_CIVIL.pdf> Acesso em: 10 Jan. 2019.

³⁴ VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 98.

³⁵ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual: aspectos doutrinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 94.; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 213.

Vários autores, inclusive, em que pese comentarem sobre a existência de uma mudança de paradigma no direito pátrio com base no artigo 5º do CPC/2015, aduzindo a existência de padrões objetivos de conduta, não se manifestam expressamente sobre cada uma das hipóteses do artigo 80 do CPC/2015.³⁶ Já outros, embora manifestem suas opiniões, acabam divergindo totalmente no tocante à necessidade ou não de aferição de elemento subjetivo para sancionar um sujeito processual por litigância de má-fé.

Rezende, Mansur, Vincenzi e Vianna entendem que, por conta do artigo 5º do CPC/15, não existe mais no sistema jurídico processual brasileiro qualquer interpretação que se utilize da teoria subjetiva, de modo que qualquer dispositivo presente no CPC/2015 que trate da boa-fé deve ser aferido objetivamente.³⁷

Marinoni e Mitidiero, por sua vez, defendem que o artigo 80 disciplina hipóteses de boa-fé subjetiva, ao passo que somente o artigo 5º do CPC/2015 traz uma cláusula geral de boa-fé objetiva.³⁸ Gajardoni, ao contrário, defende que o artigo 80 do CPC/2015 disciplina exclusivamente hipóteses que prescindem da análise de elementos subjetivos, sendo que somente as hipóteses atípicas pautadas no artigo 5º, do CPC/2015, careceriam do exame desses elementos.³⁹

Ademais, assim como acontecia na vigência do CPC/1973, existem aqueles que defendem existir tanto hipóteses de natureza subjetiva quanto objetiva quando analisados os incisos do artigo 80 do CPC/2015. É o caso de Fredie Didier Jr., que entende não serem todos os casos de litigância de má-fé deste dispositivo de natureza subjetiva, pois a seu ver os incisos V, VI e VII são de natureza objetiva.⁴⁰ Beneduzi

³⁶ SILVA, Bruno Freire e; MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controversas. Responsabilidade do advogado. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 264, p. 51-81, Fev., 2017.; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

³⁷ REZENDE, Ariadi S.; VINCENZI, Brunela Vieira de; MANSUR, João Paulo. A Constitucionalização do Processo Civil brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, v. 44, p. 1-15, 2016. p. 10-13. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista044/A_CONSTITUCIONALIZA%C3%87AO_DO_PROC_ESSO_CIVIL.pdf> Acesso em: 10 Jan. 2019.; VIANNA, José Ricardo Alvarez. Apontamentos sobre a litigância de má-fé no CPC/2015. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 280, p. 143-167, Jun., 2018. p.7.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 142

³⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 317.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1. p. 215.

também observa essa natureza híbrida no artigo 8o do CPC/2015, entretanto, elenca outras hipóteses expressamente como objetivas – incisos I, IV, V, VI e VII e, entende serem apenas os incisos II e III de natureza subjetiva.⁴¹

Em verdade, os exemplos citados apenas demonstram o que se afirmou no início do tópico, que não há na literatura jurídica sistematização sobre a natureza da responsabilização processual, e esse contexto gera grave consequência para utilização prática do instituto, já que os magistrados não possuem critérios claros predeterminados para se pautar no momento de realizarem a aferição *in concreto*, o que certamente leva à insegurança na aplicação das regras de responsabilização processual.

Ao se tentar propor uma sistematização a fim de resolver o problema identificado, observou-se que não há como prever aprioristicamente a natureza de cada uma das hipóteses de violação processual, justamente por ter o legislador processual civil criado um sistema híbrido de responsabilização, sendo certo que não optou nem por um sistema e nem por outro. Em verdade, positivou tanto um dever de observância à boa-fé subjetiva – medida pelo estado de consciência e pela intenção do agente –, como também a observância a um dever de boa-fé objetiva, enquanto necessidade de adequação da conduta a padrões estabelecidos.⁴²

Deparando-se com esse contexto, que causou extrema frustração aos autores do presente artigo, entende-se que a identificação da responsabilização processual deverá ser feita casuisticamente pelo magistrado, em cada ato processual praticado por cada litigante, de acordo com as peculiaridades de cada processo posto no Judiciário.

Haverá hipóteses embasadas no mesmo dispositivo legal em que a violação à boa fé será evidente, patente, manifesta, como na interposição de um recurso sem qualquer fundamento, situação na qual não se poderia exigir a aferição do critério subjetivo, sob pena de esvaziamento completo do instituto; e outras hipóteses, com base no mesmo artigo 8o, VII, do CPC/2015, em que a identificação da violação à boa-fé não será tão clara assim, como na interposição de um recurso que, apesar de estar fundamentado em questões jurídicas razoáveis, não encontra guarida na jurisprudência pátria.

Outro exemplo que demonstra essa falta de clareza para se identificar a violação à boa-fé é aquele previsto no inciso I do artigo 8o do CPC, que considera litigante de má-fé quem deduzir “pretensão ou defesa contra texto expresso de lei”. Esse dispositivo deve

⁴¹ BENEDUZI, Renato Resende. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2.p. 104-107.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1. p. 142.

ser interpretado com cautela, porque a parte pode litigar ou excepcionar contra texto expresso de lei ou de dispositivo, levantando hipótese de inconstitucionalidade, caducidade, revogação ou não recepção constitucional, para citar alguns exemplos, localizados dentro do quadrante do positivismo jurídico.⁴³

Assim, observa-se que haverá situações que, em razão da manifesta violação aos padrões de conduta previamente estipulados, não demandarão a aferição do critério subjetivo para aplicação da sanção processual, mas também situações que demandarão extremo cuidado por parte dos aplicadores do Direito, por se localizarem em áreas mais cinzentas que geram dúvidas. Diante de uma situação ou de outra, a análise casuística não pode ser realizada sem critérios básicos.

Desse modo, em primeiro lugar, evidente que os próprios *standards* de conduta ética eleitos pelo ordenamento jurídico pátrio se constituem como um limite claro na responsabilização processual, não se podendo conceber uma análise discricionária do magistrado.⁴⁴ Não poderia um magistrado sancionar um sujeito por litigância de má-fé pela violação de um padrão de conduta *por si* eleito como válido, sem qualquer correspondência no sistema brasileiro – por exemplo, pela utilização de roupa preta, traje próprio de velórios no exterior, em uma audiência por ele presidida.

Em segundo lugar, deve-se ater à ideia central de que a boa-fé processual é a regra, na medida em que qualquer ato de abuso que demonstre a existência de má-fé constitui exceção, devendo ser provado⁴⁵ – *in dubio pro bona fide*. Isso porque uma interpretação desmedida do princípio da boa-fé pode limitar estratégias processuais totalmente lícitas.

Ainda, apesar de óbvio, não se poderia deixar de fazer referência ao direito constitucional da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição da República), não sendo possível a aplicação de sanções, mesmo que processuais, sem oportunizar à parte a possibilidade de apresentar a sua manifestação, antes de a decisão ser proferida, o que também decorre do artigo 10 do CPC/2015.

Por fim, talvez a principal preocupação deva ser com a fundamentação das decisões a respeito da responsabilização processual, principalmente quando se atém ao fato de que ela inevitavelmente representa uma limitação, ainda que lícita, a direitos

⁴³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Processo: garantia de liberdade (freedom) e garantia de “liberdade” (liberty). *Empório do Direito*, ago., 2018. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>>. Acesso em: 09 Jan. 2019.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-Fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 299.

⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Tomo I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 284.

fundamentais (especialmente à ampla defesa). Assim, uma fundamentação adequada e qualificada possibilitará o devido controle da decisão, já que os motivos ensejadores estarão expressamente exteriorizados.⁴⁶

5. Conclusão

O Código de Processo Civil de 2015, apesar de não ter inserido no sistema grandes alterações legislativas em comparação com o diploma processual anterior, a partir da introdução de uma cláusula geral de boa-fé objetiva em seu artigo 5º, acabou influenciando a literatura jurídica quanto ao reconhecimento de que as hipóteses expressamente previstas na lei são meramente exemplificativas e não taxativas, bem como acabou contribuindo para a identificação de que todas as condutas no processo devem ser pautadas por padrões éticos previstos no ordenamento jurídico. Dessa forma, é possível defender a instauração de um novo paradigma no direito brasileiro no que tange à boa-fé processual.

Dentre as oportunidades perdidas pelo legislador do CPC/2015 para uma mais adequada disciplina da boa-fé processual, destaca-se a ausência de melhor identificação dos critérios que devem ser aferidos para responsabilização das condutas desleais no processo, o que contribuiria para a pacificação de uma celeuma já existente desde o início da vigência do CPC/1973, que, infelizmente, não conseguiu ser superada.

Analisando o arcabouço normativo da forma como foi previsto, há que se reconhecer que foram eleitos como critérios possíveis a serem aferidos tanto o objetivo, quanto o subjetivo, tendo sido criado, assim, um sistema híbrido de responsabilização.

Por fim, como cada uma das hipóteses expressamente previstas pode demandar ou não a aferição do elemento volitivo do agente, observa-se que caberá ao magistrado a identificação concreta e casuística das condutas contrárias à boa-fé, investigação que deverá observar os padrões de conduta estabelecidos pelo ordenamento jurídico; a presunção de boa-fé; as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório; e, principalmente, a necessidade de fundamentação adequada das decisões.

Referências

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 60, 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁶ JUNOY, Joan Picó. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2003. p. 38.

- ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Dialética, 2004.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – Parte Geral: Institutos Fundamentais*. Tomo I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.
- BENEDUZI, Renato Resende. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2.
- CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 126, p. 59-80, ago./2005.
- CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no código de processo civil*. 2013. 444f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), USP, São Paulo.
- CHIOVITTI, Ana Paula. *A Boa-Fé no Processo Civil e os Mecanismos de Repressão ao Dolo Processual*. 2009. 213f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil), PUC, São Paulo.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A moralização da relação processual civil e o sistema de repressão à litigância de má-fé. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região*, v. 113, p. 22-47, 2012.
- _____. Processo: garantia de liberdade (freedom) e garantia de “liberdade” (liberty). *Empório do Direito*, ago., 2018. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>>. Acesso em: 09 Jan. 2019.
- DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. rev. e. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006.
- JUNOY, Joan Picó. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar; RESCHKE, Pedro Henrique. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.1.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REZENDE, Ariadi S.; VINCENZI, Brunela Vieira de; MANSUR, João Paulo. A Constitucionalização do Processo Civil brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, v. 44, p. 1-15, 2016. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revistao44/A_CONSTITUCIONALIZA%C3%87AO_DO_PROCESSO_CIVIL.pdf> Acesso em: 10 Jan. 2019.

SILVA, Bruno Freire e; MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 264, p. 51-81, Fev., 2017.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual: aspectos doutrinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Apontamentos sobre a litigância de má-fé no CPC/2015. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 280, p. 143-167, Jun., 2018.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

As criptomoedas no contexto da atividade jurisdicional executiva: desafios e soluções

Anselmo Luiz Bacelar Junior

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (Fapes); Pesquisador de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Desafios do Processo" (PPGDIR/UFES) e do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas" (UFES-CNPq); Advogado. E-mail: anselmo.bacelar@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7723820625276085>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7367-727X>.

Bruna Figueira Marchiori

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Bolsista de iniciação à Docência na modalidade PAEPE I (UFES); Pesquisadora dos Grupos de Pesquisas "Desafios do Processo" e "Medicina Defensiva". E-mail: brunafigueiramarchiori@gmail.com. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8474156424355190>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-1869-0567>.

Sumário: 1. Introdução 2. Criptomoedas e o ordenamento brasileiro 3. A viabilidade da execução das criptomoedas no Direito brasileiro; 4. Conclusão 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

As criptomoedas são ativos virtuais que surgiram em 2008 com a criação do Bitcoin por Satoshi Nakamoto e, desde então, vem se popularizando em razão da possibilidade do uso não intermediado por instituições financeiras, privacidade nas transações e pelo alto fator especulativo envolvido, configurando uma modalidade de investimento atrativa para um público interessado em um ativo de risco.

Não é possível encontrar, no Brasil, uma definição pacífica sobre sua natureza jurídica das criptomoedas, podendo se identificar uma grande quantidade de entendimentos divergentes sobre o tema na literatura jurídica. Desta feita, o presente trabalho busca compreender se há a possibilidade de definir uma natureza jurídica aos criptoativos, especialmente diante dos recentes posicionamentos da Comissão de Valores Mobiliários sobre o tema, bem como a partir de regramentos da Receita Federal e decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Estabelecidos estes parâmetros, o trabalho cuida do estudo focal deste artigo: estipular a exequibilidade das criptomoedas no processo civil. Objetiva, portanto, compreender se é possível que criptomoedas sejam executadas e traçar um panorama dos potenciais problemas práticos para sua realização, propondo soluções a partir das ferramentas processuais presentes no Código de Processo Civil e, assim, sistematizando uma “execução de criptoativos”.

Para o estudo foi utilizado o método de revisão bibliográfica, com enfoque na literatura jurídica e econômica, bem como a análise de textos legais e decisões jurídicas atinentes ao tema. A metodologia utilizada foi a dedutiva, objetivando a compreensão das regras e princípios gerais da execução e dos conceitos das criptomoedas com fim de traçar um regramento específico com o que existe no ordenamento processual brasileiro sobre a possibilidade de os criptoativos serem bens alvo de uma execução. Os materiais foram selecionados pela relevância científica e pertinência com o tema, sendo escolhidos para a revisão bibliográfica obras com o escopo mais específico no tema de criptomoedas e da execução civil objetivando uma análise mais precisa desta proposta de sistema de execução de criptoativos.

2. Criptomoedas e o ordenamento brasileiro

As criptomoedas surgiram em 2008, a partir da criação da moeda Bitcoin por Satoshi Nakamoto (pseudônimo) e, desde 2016, tornaram-se populares como via monetária alternativa, principalmente em decorrência de fatores como a ausência de instituição intermediária, menores taxas de transações e mais privacidade, e de sua natureza altamente especulativa dada a alta volatilidade do ativo (que pode chegar até 10% de variação em poucas horas) (CHERVINSKI; KREUTZ, 2019, p. 15), existindo, atualmente, mais de 2300 criptomoedas catalogadas. (NETO; MATARAZZO, 2020).

O desenvolvimento do Bitcoin e de diversos outros criptoativos se tornou possível a partir da tecnologia de *blockchain*, estruturante para a validação das cadeias negociais das criptomoedas. É possível sintetizar o funcionamento desta tecnologia da seguinte forma (NOFER, 2017, p. 184):

A blockchain consists of data sets which are composed of a chain of data packages (blocks) where a block comprises multiple transactions. The blockchain is extended by each additional block and hence represents a complete ledger of the transaction history. Blocks can be validated by the network using cryptographic means. In addition to the transactions, each block contains a timestamp, the hash value of the previous block (“parent”), and a nonce, which is a random number for verifying the hash. This concept ensures the integrity of the entire blockchain through to the first block

("genesis block"). Hash values are unique and fraud can be effectively prevented since changes of a block in the chain would immediately change the respective hash value. If the majority of nodes in the network agree by a consensus mechanism on the validity of transactions in a block and on the validity of the block itself, the block can be added to the chain.

As criptomoedas atualmente catalogadas estão listadas em mais de 8250 mercados, com um valor total de capitalização de USD 556.471.064.589,00 (dado de 2018), com destaque, para além do Bitcoin, para as moedas Ripple, Ethereum, Cardano, NEO, Stellar, Litecoin, EOS, IOTA, Dash, Monero, TRON, Qtum, Lisk, Tether, Stratis, Zcash, Steem, Siacoin, Verge, Electroneum, Nxt e Dogecoin (VUJIČIĆ; JAGODIĆ; RANĐIĆ, 2019, p. 5).

Apenas em 2020 no Brasil movimentou-se R\$ 53.349.247.159,69 em Bitcoin¹. Para efeitos comparativos, em 2020, na Bolsa de Valores, a ação com maior volume financeiro anual foi a Vale S.A. (VALE3), com volume de R\$ 424.568.000.000,00, o que demonstra ser expressivo o valor destes ativos em comparação aos ativos mais comuns do mercado mobiliário².

Percebe-se, portanto, que esta tecnologia é significativa para o mercado financeiro, tanto pela quantidade de criptomoedas existentes quanto pelo expressivo valor que apresentam quando somadas, não podendo serem ignoradas pelo sistema jurídico. Cabe, portanto, analisar, ainda que brevemente, como o direito brasileiro tem caracterizado juridicamente as criptomoedas.

Até 2020, a principal diretriz sobre o tema era a Instrução Normativa 1.888/2019 da Receita Federal, que estipula a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos. Ainda que esta Instrução Normativa reconheça a existência das criptomoedas e estabeleça a obrigatoriedade de informe, não compreende que as criptomoedas possam ser consideradas valor mobiliário, mas tão somente bens economicamente avaliáveis sob a ótica fiscal.

Legislativamente, é possível encontrar desde 2015 projetos de lei sobre o tema, como o nº 2.303/2015, 2.060/2019, 3.825/2019, 3.949/2019, que versam, respectivamente, sobre a inclusão das criptomoedas na definição de "arranjos de pagamento" sob supervisão do Banco Central; a criação de um regime jurídico para os criptoativos; a regulamentação de operações realizadas com criptomoedas em plataformas eletrônicas de negociação, fixando a competência do Banco central como fiscalizador

¹ Conforme: <<https://blog.cointradermonitor.com/112/volumes-das-exchanges-de-janeiro-a-dezembro-de-2020/>>.

² Conforme: <<https://www.spacemoney.com.br/geral/pesquisa-volume-financeiro-da-b3-em-2020-se-aproxima-do-pib-pela/162200/>>.

destas; criação de normas para o funcionamento das *exchanges* e da negociação e custódia dos criptoativos; tipificação do crime de gestão fraudulenta de criptomoedas, bem como a propositura de alterações nas leis de lavagem de dinheiro, do mercado de capitais e dos crimes contra o sistema financeiro nacional.

Observa-se que os projetos de lei visam a construção de um sistema legislativo robusto para as criptomoedas, desde a sua comercialização, perpassando a etapa de custódia e dos intermediários de negociação até alterações em outras leis para “atualizá-las” ao compasso dos criptoativos. (TALARICO, 2020).

Na esfera judicial, o STJ tem adotado o posicionamento de que as criptomoedas não seriam ativos apreciáveis, dado que não seriam considerados valores mobiliários. Exemplificadamente, o Conflito de Competência 170392 de junho de 2020:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIMENTO DE GRUPO EM CRIPTOMOEDA. PIRÂMIDE FINANCEIRA. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O presente conflito negativo de competência deve ser conhecido, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, nos termos do art. 105, inciso I, alínea "d" da Constituição Federal - CF.

2. *"A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976" (CC 161.123/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 5/12/2018).*

3. Conforme jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "a captação de recursos decorrente de 'pirâmide financeira' não se enquadra no conceito de 'atividade financeira', para fins da incidência da Lei n. 7.492/1986, amoldando-se mais ao delito previsto no art. 2º, IX, da Lei 1.521/1951 (crime contra a economia popular) (CC 146.153/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/5/2016).

4. Na espécie, o Juízo Estadual suscitado discordou da capitulação jurídica de estelionato, mas deixou de verificar a prática, em tese, de crime contra a economia popular, cuja apuração compete à Justiça Estadual nos termos da Súmula 498 do Supremo Tribunal Federal - STF. Ademais, ao declinar da competência, o Juízo suscitado não demonstrou especificidades do caso que revelassem conduta típica praticada em prejuízo a bens, serviços ou interesse da União. Em resumo, diante da ausência de elementos que revelem ter havido evasão de divisas ou lavagem de dinheiro em detrimento a interesses da União, os autos devem permanecer na Justiça Estadual.

5. Conflito conhecido para, considerando o atual estágio das investigações documentado no presente incidente, declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Jundiaí, o suscitado.

(CC 170392, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, Data do Julgamento 10/06/2020)

Este entendimento encontra-se balizado na interpretação da CVM sobre as criptomoedas presente na Instrução 555 da CVM, que, em seu artigo 2º, não compreendia as criptomoedas como valores mobiliários. Ocorre que em 2021, por via do Ofício Circular nº 1, os *tokens* de criptomoedas passaram a ser reconhecidos pela CVM no rol de valores mobiliários, compreendendo-os como ativos virtuais:

As operações conhecidas como Initial Coin Offerings (ICOs) podem ser compreendidas como captações públicas de recursos, tendo como contrapartida a emissão de ativos virtuais, também conhecidos como tokens ou coins, junto ao público investidor. Tais ativos virtuais, por sua vez, a depender do contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos investidores, podem se enquadrar na definição ampla de valores mobiliários positivada no inciso IX do art. 2º, da Lei nº 6.385/1976.

Na mesma toada, a B3 (Brasil, Bolsa, Balcão), Bolsa de valores brasileira, passou a comercializar em 2021 um *exchange traded fund* integralmente exposto à moeda Bitcoin³, sendo este mais um elemento relevante para o reconhecimento das criptomoedas como ativos efetivos no ordenamento brasileiro.

Destaca-se que ambas as movimentações se deram em 2021, de modo que ainda hoje não é possível identificar um julgado das Cortes de Cúpula reconhecendo o valor mobiliário das criptomoedas. Todavia, é inevitável reconhecer que estes eventos devem afetar significativamente o cenário das criptomoedas em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que ainda que a CVM tenha realizado um importante passo na análise da natureza jurídica dos criptoativos ao afirmar que “a depender do contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos investidores, podem se enquadrar na definição ampla de valores mobiliários”, estamos longe de chegar a um consenso acerca da natureza jurídica desses bens. E esta dificuldade classificatória decorre da

³ Conforme notícia e comunicado externo da B3: <http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/mais-um-etf-de-criptomoedas-passa-a-ser-negociado-na-b3.htm>; <<http://www.b3.com.br/data/files/72/97/00/1F/3F53A710D25F12A7AC094EA8/CE%20030-2021-VPC%20QBTC11.pdf>>.

própria natureza desse criptoativo e de suas características conformativas. Thamilla Talarico (2020) explica bem esta questão:

O grande desafio, nesse caso, é que estamos diante de uma classe de ativo que não segue qualquer padrão com o qual estamos acostumados a lidar. Pense em um (n)ativo digital, de natureza híbrida, que pode guardar em si funções distintas e variáveis, a depender do uso que seu titular dá a ele naquele preciso momento. A noção de valor e a função do ativo serão determinadas pelo próprio detentor do mesmo e, até para ele, caso a caso. Ou seja, elas não estão preestabelecidas, não são únicas, nem intrínsecas ao ativo. Pelo contrário, um mesmo ativo pode assumir diferentes formas na mão de diferentes donos, ou até para o mesmo dono, em diferentes momentos. Tudo vai depender do apetite de experimentação do titular do ativo e do nível de risco em que ele aceita incorrer.

Por conta disto, há quem defenda a necessidade de criação de um tipo próprio para as criptomoedas, dadas as substanciais diferenças para os ativos já conhecidos. Nesse sentido, expõem Bolotaeva, Stepanova e Alekseeva (2019, p. 4):

Despite the similarity of cryptocurrency with other objects of civil rights, one must admit that it is a completely new phenomenon, with no analogues in the past. The way of creating a crypto currency and the fact that it is not secured with any assets does not allow classifying it unambiguously as money, including electronic money, which is always secured with real money. The emission of cryptocurrency cannot be controlled and regulated by any external entity, since it is implemented on the basis of a specified software algorithm. Being generated in the process of conducting transactions in a distributed network, cryptocurrency is essentially just encrypted information that records transactions with any assets and denotes a certain value, which is formed from the costs of using the computing power of computers participating in the implementation of the blockchain. Some similarities with different economic instruments is not a ground for legal equating of cryptocurrency to the already existing objects of the legal regulation, since it does not fully fit into the definition of any of them, rather combining only certain features of several objects. Therefore, by its legal nature, it cannot be attributed either to money, or to commodities, or to securities. This is a fundamentally new object falling under the category of property.

Nota-se, portanto, uma grande dificuldade em firmar uma natureza jurídica para as criptomoedas na legislação brasileira. Analisando sua natureza de adaptabilidade de suas funcionalidades conforme o contexto em que elas são utilizadas, mostra-se

razoável seguir o entendimento de Marcelo de Castro Cunha Filho e Rony Vainzof (2017), para quem as criptomoedas possuem “natureza jurídica camaleônica”, ou seja, podem assumir diversas classificações jurídicas, que variam conforme a pluralidade de formas assumidas pelas criptomoedas.

De todo modo, independentemente da natureza jurídica deste ativo, mostra-se evidente que na atualidade as criptomoedas (em suas várias espécies) são bens economicamente apreciáveis não somente sob a ótica fiscal, mas também mercantil, possibilitando um novo olhar processual sobre as criptomoedas, e especificamente, no caso do presente artigo, no que tange a exequibilidade de tais.

3. A viabilidade da execução das criptomoedas no Direito Brasileiro

Quando se fala sobre a viabilidade da execução de criptomoedas no direito brasileiro, é evidente que não se está a tratar sobre a viabilidade propriamente jurídica de execução desses ativos. Diante da responsabilidade patrimonial do devedor e da ausência de proibição expressa à realização da execução destes bens, não são necessárias grandes digressões para constatação da sua viabilidade na esfera jurídica.

O real problema é a viabilidade prática desta atividade executiva. É possível elencar uma série de dificuldades práticas que tornam, no mínimo, desafiadora a realização da penhora e expropriação de criptomoedas, em especial, as seguintes questões:

1. Como identificar a presença das criptomoedas no patrimônio do executado?
2. Como enfrentar a ausência de um agente custodiante na execução desses ativos, de forma a operacionalizar a penhora e a expropriação?
3. Qual a maneira adequada de se determinar o valor do criptoativo para que este possa ser liquidado, diante da alta volatilidade de seu valor?
4. Qual a ordem de prioridade da penhora de criptoativos, levando-se em consideração o rol do artigo 835 do Código de Processo Civil de 2015?

Diante de um cenário tão intrincado, identifica-se na teoria jurídica argumentações que afirmam não ser possível visualizar soluções eficientes e factíveis para a concretização da atividade executiva em relação a estes ativos (CARNAÚBA; VASCONCELOS, 2021, p 556). Ocorre que, caso não sejam construídas pela literatura jurídica e adotadas pelos tribunais soluções procedimentais que dêem conta de enfrentar tais desafios, as criptomoedas se consolidarão como a ferramenta ideal de blindagem patrimonial, a partir do esvaziamento do patrimônio do executado e a conversão destes valores em criptoativos.

É o contexto perfeito para a multiplicação dos “executados cafajestes” - na terminologia de Marcelo Abelha Rodrigues (2016) - ou de “devedores caloteiros

chicanistas” - para Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 63), agravando um já preocupante cenário da justiça brasileira em que o índice de execuções frutíferas é mínimo (RODRIGUES, 2017).

Importa, portanto, que se analise o tema sobre a perspectiva da efetividade do sistema processual - desenvolvido no país a partir dos estudos de José Carlos Barbosa Moreira (1984) - e segundo a percepção de que o exequente possui uma garantia constitucional à tutela jurisdicional executiva (SIQUEIRA, 2016, p. 124).

Isto, por óbvio, não significa afirmar que deve-se utilizar o processo executivo de forma autoritária e utilitarista em busca de uma execução frutífera. O que se pretende é identificar de que formas as ferramentas presentes no próprio sistema processual civil podem solucionar os problemas práticos envolvendo a execução de criptomoedas no país, trazendo alternativas legítimas e efetivas para estas crises de inadimplemento ante o ordenamento posto.

O primeiro problema a ser enfrentado é o da identificação da presença de criptoativos no patrimônio do executado e a operacionalização da penhora destes bens.

Antes de adentrar em possíveis soluções para a questão, é importante que se rememore uma importante característica das criptomoedas: tratam-se de ativos financeiros *object-based* e utilizados de forma *peer-to-peer* pautados em tecnologia *blockchain* (NAKAMOTO, 2008). De forma simplificada e para os fins que interessam o presente capítulo, isto significa que a transação dessa espécie de ativo financeiro se dá de forma totalmente particular e sem qualquer tipo de controle, intermediação ou garantia de autoridade centralizada. Nas palavras de Eric Chason (2018, p. 129):

Remarkably, Bitcoin replicates these aspects of real state transfers without any governing authority to coordinate or supervise activities. It has no central database for the blockchain. Instead, users across the globe maintain the blockchain in identical form. Bitcoin has no recorder of deeds to time-stamp and process transactions.

São inúmeros os problemas que isto pode ocasionar para execução civil, em especial para a penhora e identificação dos ativos no patrimônio do devedor. Diante da ausência de uma instituição financeira custodiante, o Sisbajud não possui, pelo menos por ora, condições materiais para operacionalizar a indisponibilidade destes ativos de propriedade do executado (CARNAÚBA; VASCONCELOS, 2021, p. 547).

A regulamentação da comercialização das criptomoedas poderia parecer a maneira mais simples de solucionar essa questão. Ocorre que esta regulamentação, a depender da forma que fosse feita, poderia acabar por desnaturar o próprio objetivo da criação

desse tipo de ativo, que é a desestatização do dinheiro a partir da criação de sistema de pagamentos globais totalmente descentralizados (RAMOS, 2020).

O que é certo é que não se pode aguardar a criação de políticas, regulamentação e procedimentos para gerenciar esses ativos e suas operações para que só então comece a se pensar sobre a busca em maior escala de patrimônio em criptomoeda de titularidade dos executados, sob pena de criação de um verdadeiro paraíso para fraude contra credores. Então, o que fazer para resolver este imbróglio?

A principal forma perpassa por uma atuação mais presente do juiz na execução civil, em busca da consagração da efetividade da tutela jurisdicional, ideal totalmente compatível com o sistema processual trazido a partir do Código de Processo Civil de 2015 (SIQUEIRA, 2016, p. 128).

É evidente a dificuldade que a parte exequente possui em nomear à penhora criptoativos que porventura sejam de propriedade do executado, sobretudo diante da descentralização do comércio de criptomoedas e da possibilidade de alocação destas em corretoras de investimento que não possuem qualquer vínculo com o Sistema Financeiro Nacional, bem como da possibilidade de custódia de ativos em *cold wallets*, ou seja, em carteiras digitais *off-line* por meio de dispositivos de *hardware* que guardam as chaves.

Assim, como resultado do dever que o juiz possui de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais - o que, por sua vez, emana do princípio da colaboração processual - (MITIDIERO, 2012, p. 72) o magistrado poderá ordenar, mesmo de ofício, que o devedor aponte quais e onde estão os criptoativos a serem penhorados, nos termos da regra presente no artigo 774, V do Código de Processo Civil de 2015. (RODRIGUES, 2016, p. 304). Em caso de não indicação pelo executado, este estará praticando ato atentatório à dignidade da justiça, podendo o magistrado impor multas e outras sanções.

Ademais, caso o exequente comunique ao juízo que existem indícios de que o executado tem por hábito a realização de investimentos em criptomoedas, mas que não possui condições de realizar a devida individualização destes ativos, pode o magistrado enviar ofícios para as principais corretoras de criptomoedas de forma a identificar a presença de alguma carteira digital de propriedade do executado (ALVES; SILVA, 2018, p. 70).

Inclusive, já é possível encontrar julgados isolados que adotam esta postura, como a decisão proferida pela 6ª Câmara da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nos autos n.º 0010579-95.2016.5.15.0036 e a decisão proferida pelo juiz da 54ª Vara do Trabalho de São Paulo, nos autos n.º 0192700-88.2002.5.02.0054.

Em outro giro, no caso de armazenamento de criptomoedas em *cold wallets*, é viável a determinação de busca e apreensão destes dispositivos, em uma analogia à sistemática da penhora “portas a dentro”, estipulada no artigo 846 do Código de Processo Civil de 2015. Isto porque tratam-se de arquivos de *hardware* que podem ser apreendidos pelo juízo para que se prossiga a varredura e a busca de criptoativos (ALVES; SILVA, 2018, p. 70).

O segundo problema a ser analisado se refere à alta volatilidade dos criptoativos. As criptomoedas operam em significativa aleatoriedade em seus movimentos, o que resulta em uma volatilidade superior a títulos e valores mobiliários mais “clássicos”. Esta flutuação vertiginosa das criptomoedas decorre sobretudo da exploração da moeda a título de especulação financeira - em especial diante da ausência de regulamentação em diversos países. (KLEIN; THU; WALTER, 2018, p. 20) (LAHMIRI; BEKIROU; SALVI, 2018, p. 43) (BUKOVINA *et al*, 2016, p. 4-5).

Para execução das criptomoedas, o elemento “volatilidade” deve ser sempre considerado quando da penhora conjuntamente ao elemento “tempo”, dado que a morosidade no seguimento deste procedimento pode fazer com que uma determinada ordem de penhora já não corresponda à realidade de valores em moeda corrente em razão desta extrema volatilidade.

Uma solução possível para esta problemática seria a aplicação do instituto da alienação antecipada do bem, prevista no artigo 852 do Código de Processo Civil de 2015. Nos termos de Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 335), este pedido é justificável em duas situações excepcionais: i) a ocorrência de circunstância em que a demora na alienação geraria depreciação ou deterioração do bem; ii) situação em que a demora impediria a obtenção de vantagem que só poderia ser obtida se realizada a alienação antecipada.

Nota-se, portanto, a aplicabilidade desse dispositivo, em especial do inciso II, à alienação de criptomoedas, visto que caso este seja o único bem identificado no patrimônio do réu a ocorrência de uma súbita depreciação colocaria em xeque o próprio sucesso da execução e, portanto, a demora poderia impedir vantagem patrimonial que só poderia ser obtida diante de imediata alienação. Nessa hipótese, o dinheiro obtido da alienação dos criptoativos deveriam ser apreendidos e somente disponibilizados ao exequente ao final da regular marcha do processo executivo.

Passada a questão da volatilidade, adentra-se em um outro problema: a posição das criptomoedas na ordem de preferência do artigo 835 do Código de Processo Civil de 2015. Como já foi possível apontar, malgrado em manifestação recente a CVM tenha indicado a possibilidade de classificação de criptomoedas como títulos mobiliários - a depender das circunstâncias concretas - o que representaria a sua caracterização no

inciso III do referido dispositivo legal⁴, ainda subsistem muitas dúvidas sobre a real natureza jurídica deste ativo.

Rememore-se que há, inclusive, quem defenda a impossibilidade de classificação estática da natureza jurídica das criptomoedas, visto que elas guardam em si funções distintas e variáveis, a depender do uso que seu titular dá a ele naquele preciso momento, tendo uma verdadeira natureza camaleão.

Este fator, aliado a aspectos como a sua alta volatilidade, o fato de que trata-se de ativo alvo de especulação financeira, a dificuldade na realização da penhora (questão que malgrado possa ser melhorada com as proposições aqui apresentadas, não têm condições de ser totalmente resolvida) tornam as criptomoedas pouco atrativas como objeto de penhora. Deste modo, ainda que possam ser consideradas pertencentes ao inciso III do artigo 835 do CPC, ou seja, arroladas em uma posição privilegiada, estas não devem ser consideradas como preferenciais em relação aos demais itens elencados.

Isso porque, conforme leciona Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 340) o rol do artigo 835 é sistematizado nesta ordem de preferência por uma presunção legal de que os bens ali dispostos, naquela ordem, seriam mais facilmente convertidos em dinheiro. Ocorre que, na prática, independentemente da natureza jurídica que as criptomoedas assumam, estas provavelmente apresentarão dificuldades na transformação do ativo em dinheiro.

Desta forma, as criptomoedas atuariam como uma última *ratio* na penhora, sob a lógica do §1º do artigo 835. O que se vê ante as alterações ocorridas em 2021 é uma *possibilidade de penhora*, e não um *interesse de penhora* dos criptoativos. É, na realidade, mais uma alternativa para satisfação e garantia do credor diante da total ausência de outros bens no patrimônio do executado, objetivando a tutela efetiva do processo.

4. Conclusão

Com o estudo da natureza jurídica dos criptoativos ainda não entende-se possível firmar um rótulo preciso para tais, optando-se por uma definição de uma natureza “camaleônica”, dado que apesar de apresentar proximidades com o inciso III do artigo 835 do Código de Processo Civil de 2015, as características dos *tokens* e a operacionalidade da penhora os distanciam dos pares do referido inciso.

Ademais, resta claro que ante a perspectiva processual lançada para a execução no Código de Processo Civil de 2015 de satisfação do processo e, por conseguinte, satisfação do credor na execução, ignorar as criptomoedas nesta etapa processual seria

⁴ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

um equívoco. Todavia, esta possibilidade de execução deve ser analisada com cautela no caso concreto, visto que questões como a volatilidade e acessibilidade do patrimônio até o momento são barreiras complicadas de serem superadas.

De todo modo, é preferível a opção de tentar esta via em casos em que o patrimônio do devedor se encontrar composto por criptoativos do que a exclusão destes do rol de bens exequíveis, observando sempre a lógica do §1º do artigo 835 do Código de Processo Civil de 2015.

Como vias de superar as dificuldades práticas para realização da penhora de criptomoedas, este trabalho identificou: *i)* a possibilidade do uso da multa processual, sanções e medidas atípicas previstas no artigo 139 do CPC, que pode viabilizar a identificação do patrimônio de criptoativos do devedor; *ii)* a expedição de ofícios pelo magistrado para as principais corretoras de criptomoedas com o escopo de encontrar as carteiras de criptoativos do devedor; *iii)* determinação de busca e apreensão para dispositivos físicos (*hardwares*) que contenham as chamadas *cold wallets*, em uma analogia sistemática da da penhora “portas a dentro”, estipulada no artigo 846 do Código de Processo Civil de 2015, sendo outra ferramenta de identificação dos bens do devedor; *iv)* aplicação do instituto da alienação antecipada do bem, prevista no artigo 852 do Código de Processo Civil de 2015, visando minimizar os danos potenciais da alta volatilidade das criptomoedas.

Desta feita, vê-se que, apesar de ainda incipiente a regulamentação a respeito, apesar de inúmeros projetos de lei no tema, é possível trabalhar com normas do sistema processual buscando minimizar os maiores problemas causados pelas diferenças entre um bem normalmente executado e os criptoativos, que se apresentam com muitas distinções. Apesar de todas estas ferramentas encontradas, reitera-se que esta exequibilidade é alternativa que, se analisada em abstrato, se apresenta como última *ratio* para a execução, sendo apenas mais uma via para satisfação processual. Para dar preferência aos criptoativos em uma execução é necessário que as vias sugeridas para mitigar os efeitos negativos de uma execução de tal estejam cristalinas no processo e não apresentem potenciais danos tanto ao credor quanto ao devedor.

5. Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da penhora de criptomoedas no processo de execução brasileiro. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 4, n. 1, p. 70-90, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BOLOTAEVA, O. S.; STEPANOVA, A. A.; ALEKSEEVA, S. S. The legal nature of cryptocurrency. In: *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*. IOP Publishing, 2019. p. 1-5.

BUKOVINA, Jaroslav *et al.* Sentiment and bitcoin volatility. *University of Brno*, 2016.

CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo. In: ASSIS, Araken; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos*. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CUNHA FILHO, Marcelo de Castro; VAINZOF, Rony. A natureza jurídica "camaleão" das criptomoedas. *Jota*. Set. 2017. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-digital/a-natureza-juridica-camaleao-das-criptomoedas-21092017>>. Acesso em 10 mar. 2020.

CHASON, Eric D. *How bitcoin functions as property law*. *Seton Hall Law Rev.*, v. 49, p. 129, 2018.

CHERVINSKI, João Otávio Massari; KREUTZ, Diego. Introdução às tecnologias dos blockchains e das criptomoedas. *Revista Brasileira de Computação Aplicada*, v. 11, n. 3, p. 12-27, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v.4. São Paulo: Malheiros, 2009.

KLEIN, Tony; THU, Hien Pham; WALTHER, Thomas. Bitcoin is not the New Gold—A comparison of volatility, correlation, and portfolio performance. *International Review of Financial Analysis*, v. 59, p. 105-116, 2018.

LAHMIRI, Salim; BEKIROS, Stelios; SALVI, Antonio. Long-range memory, distributional variation and randomness of bitcoin volatility. *Chaos, Solitons & Fractals*, v. 107, p. 43-48, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 1, p. 67, 2012.

NAKAMOTO, Satoshi, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em 22 de jul. 2021.

NETO, Angelo Pisani; MATARAZZO, Gustavo. Bitcoin, ethereum e xrp: uma análise histórica das criptomoedas e suas tecnologias. *Revista Ciência em Evidência*, v. 1, n. 1, p. 27-41, 2020.

NOFER, Michael *et al.* Blockchain. *Business & Information Systems Engineering*, v. 59, n. 3, p. 183-187, 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial: volume único*. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Execução Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”. Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um--cafajeste---apreensao-de-passaporte--da-carteira-de-motorista>> . Acesso em: 20 jul. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/267289/o-executado-cafajeste-ii---medida-coercitiva-como-instrumento-da-medida-sub-rogatoria>> Acesso em: 20 jul. 2021.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TALARICO, Thamilla. Criptoeconomia e Regulação no Brasil: estágio atual. In: BRUZZI, Eduardo; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Banking 4.0: desafios jurídicos e regulatórios do novo paradigma bancário de pagamentos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VUJIČIĆ, Dejan; JAGODIĆ, Dijana; RANĐIĆ, Siniša. Blockchain technology, bitcoin, and Ethereum: A brief overview. In: 2018 17th international symposium infotech-jahorina (infotech). *IEEE*, 2018. p. 1-6.

Releitura do procedimento especial do Mandado de Segurança a partir do CPC/15: possibilidade de aplicação da tutela de evidência decorrente do trânsito de técnicas processuais

Sandro Bortoluzzi Madeira Lamêgo Rodrigues

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Advogado.

Sumário. Introdução. 1. Intercâmbio de técnicas processuais entre procedimentos no Código de Processo Civil de 2015. 2. Intercâmbio de técnicas processuais e o procedimento especial do Mandado de Segurança. 3. O despacho inicial do órgão julgador e a concessão da medida liminar. 3.1. Tutela de evidência no Mandado de Segurança. 3.2. Parcial compatibilidade das hipóteses previstas no art. 311, do CPC/15 com a Lei nº 12.016/2009. 4. Considerações finais. Referências.

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 inovou frente à codificação anterior ao permitir o intercâmbio de técnicas processuais entre os procedimentos especiais e o procedimento comum¹.

Ganha relevo a análise da influência dessa nova perspectiva sobre o rito do Mandado de Segurança previsto na Lei nº 12.016/2009, possibilitando-se a aplicação de técnicas processuais do procedimento comum com o objetivo de garantir maior efetividade da tutela pretendida pelo impetrante, fomentando-se a celeridade da prestação jurisdicional.

Assim, o rito especial do Mandado de Segurança deve ser revisitado sob o enfoque das técnicas processuais trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, sobretudo através

¹ MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento de sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de. BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 19/35.

da análise – a que se propõe o presente – quanto a possibilidade de concessão da tutela provisória de evidência prevista no art. 311, do CPC/15.

1. Intercâmbio de técnicas processuais entre procedimentos no Código de Processo Civil de 2015.

Os procedimentos especiais à luz do Código de Processo Civil de 1973 eram marcados pelas características da inflexibilidade e pela exclusividade. A primeira entendida enquanto possibilidade de utilização das técnicas especiais apenas para os procedimentos em que expressamente previstas; e a segunda, pela possibilidade de inserção de técnicas processuais diferenciadas exclusivamente no âmbito dos procedimentos especiais².

Ao passo que o procedimento comum se revelava estanque e imutável, sem possibilidade de qualquer adaptação, o procedimento especial era específico para determinada situação; as técnicas especiais nele previstas eram possíveis de serem utilizadas única e exclusivamente para aquela situação.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, observa-se importante alteração de paradigma – frente à codificação anterior -, sobretudo da relação existente entre os procedimentos especiais e o procedimento comum (e, via de consequência, das técnicas processuais previstas em cada um deles).

A evolução na compressão das técnicas processuais enquanto instrumentos aptos a possibilitar a efetivação da tutela enquanto mandamento constitucional, tornou possível uma construção teórica capaz de justificar a importação de técnica processual prevista para hipótese distinta daquela em que se pretendia aplicá-la.

Nesse aspecto, possui relevância a previsão contida nos artigos 327, §2º, do Novo Código de Processo Civil, visto pela doutrina como verdadeira “cláusula geral de flexibilização procedimental”³.

O art. 327, §2º, do CPC/15 ao tratar da possibilidade de cumulação de pedidos em um único processo, diferencia-se do artigo 292, do CPC/73, por permitir o “emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se

² DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio de Passos. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 37-39.

³ DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio de Passos. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 73.

sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”⁴.

Abre-se a possibilidade de cumulação de pedidos com a manutenção das técnicas processuais especiais previstas para cada um deles, independente da utilização do procedimento comum. Tem-se, pois, a inauguração do procedimento comum como o local adequado para recepção e absorção de técnicas processuais diversas, visando a tutela adequada do direito material.

Ou seja, admite o legislador que o procedimento comum, flexível e adaptável⁵, é capaz de transmutar-se no procedimento adequado para tutelar uma infinidade de situações, com pequenas alterações das técnicas processuais necessárias para tanto.

Não apenas se admite o procedimento comum como flexível e adaptável – e ainda, capaz de transmutar-se no procedimento adequado para tutelar uma infinidade de situações – mas também a possibilidade de exportação de técnicas do procedimento padrão para os procedimentos especiais.

A “pedra de toque” para tanto, de forma a possibilitar essa “*válvula de comunicação*”⁶ ou “*livre trânsito*”⁷, deve ser a compatibilidade e adequação da técnica processual importada com o procedimento ao qual almeja-se sua aplicação, possibilitando uma maior eficiência para o sistema.

A relação entre procedimento comum e especial na nova codificação é, portanto, de complementariedade, tendo como base a compatibilidade entre as técnicas processuais previstas, visando a eficiência processual e o fomento as normas fundamentais.

⁴ Enunciado 506, do FPPC dispõe que “A expressão “procedimentos especiais” a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial”.

⁵ PUPPIN, Bárbara Altoé. OLIVEIRA, Michelle Ivair Cavalcanti de. Breves apontamentos sobre o artigo 327 § 2º, do CPC/15. In: Adriana Pereira Campos, Valesca RAizer Borges Moschen (Org.). Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado. Vitória: Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, 2017.

⁶ MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento de sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de. BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. p. 19/35.

⁷ DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio de Passos. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 69.

2. Intercâmbio de técnicas processuais e o procedimento especial do Mandado de Segurança.

O mandado de segurança é uma garantia fundamental⁸ prevista no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, cujo rito procedimental consta em legislação específica (Lei nº 12.016/2009).

A sua previsão em nível constitucional representa “a preocupação do constituinte em oferecer procedimento diferenciados – e, conseqüentemente, tutela jurisdicional adequada – a certos valores relevantes”⁹.

Evidencia-se, então, a sua dupla feição: tanto como garantia constitucional, como instrumento processual adequado a sua implementação¹⁰.

Objetiva proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, podendo ser impetrado de forma preventiva ou repressiva.

Inobstante referido remédio constitucional tenha se desenvolvido em um contexto de preocupação com a ingerência do poder público sobre a vida privada¹¹ e em um cenário exclusivo das garantias individuais, viu sua fisionomia alargada – com o florescimento das ações coletivas - para abranger direitos pertencentes a coletividade, através da figura do mandado de segurança coletivo¹².

A literatura jurídica é concorde em afirmar que a existência do seu rito especializado tem como fundamento basilar a brevidade e celeridade procedimental, visto que “distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que lhe é próprio”¹³, bem como que deve ser “o mais célere e o mais simples possível”¹⁴.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 66/72.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil*. v. 03. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015. p. 46.

¹⁰ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Thomson Reuters Brasil. Ano: 2019. p. 66/72.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de Segurança – uma apresentação*. In. Aroldo Plínio Gonçalves (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 73/89.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 31

¹⁴ CRETELLA JUNIOR, José. *Do Mandado de Segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 117.

E isso se dá até mesmo porque não há espaço para dilação probatória, mostrando-se necessário que o impetrante instrua a inicial com prova pré-constituída, de caráter documental.

O rito do Mandado de Segurança pode ser classificado com um procedimento especial opcional (“não-obrigatório”¹⁵), visto tratar-se de faculdade disponível para titular do direito violado utilizá-lo ou, se preferir, do procedimento comum¹⁶.

Muito embora a legislação tenha a tradição de diferenciá-lo ao máximo do procedimento comum, visando dotar-lhe de um caráter de especialidade através, inclusive, de alterações de nomenclatura (impetrante, no lugar de autor; notificação ao invés de citação; ciência ao invés de intimação¹⁷), a sua efetiva diferenciação deveria se dar através da análise das técnicas diferenciadas que o compõem e que revelariam o seu caráter de especialidade¹⁸.

O presente estudo, por outro lado, objetiva analisar o seu trânsito no sentido oposto: na possibilidade de importação da técnica da tutela de evidência originalmente previstas para o rito ordinário, inserindo-a no procedimento especial do Mandado de Segurança.

Trata-se de análise que se revela ainda mais natural, dada a irradiação de efeitos que o Código de Processo Civil exerce sobre todo o sistema normativo, ainda que sem previsão expressa na Lei nº 12.016/2009¹⁹.

O rito do Mandado de Segurança pode ser (re)analisado sob a perspectiva da importação de técnicas processuais originariamente previstas para o procedimento comum, tendo como objetivo a melhor adequação ao seu fim constitucional. Investiga-se, então, a possibilidade de importação da técnica processual da tutela de evidência para sua aplicação no rito especial do Mandado de Segurança.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio de Passos. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 40.

¹⁶ SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: Fredir Didier Junior (org.). *Ações Constitucionais*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2007. p. 89/135.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 64/65.

¹⁸ Aylton Bonomo identificou a presença de 12 (doze) técnicas diferenciadas no rito do Mandado de Segurança que não encontram correspondência no procedimento comum (BONOMO, Aylton. *Utilização das técnicas processuais diferenciadas do Mandado de Segurança no procedimento comum, sob a perspectiva do princípio da adequação jurisdicional*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. a. 12. v. 19. n. 3. set./dez., 2018).

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65/66.

3. O despacho inicial do órgão julgador e a concessão da medida liminar.

Com o recebimento da petição inicial, não sendo caso de seu indeferimento, caberá ao Magistrado determinar a notificação da autoridade coatora (art. 7º, I, da Lei 12.016/2009) para que preste as informações, bem como intime o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito (art. 7º, II, da Lei 12.016/2009).

Existe grande discussão na literatura jurídica a respeito da identificação de quem seria a parte passiva do Mandado de Segurança: se apenas a autoridade coatora; se apenas a pessoa jurídica a que vinculada²⁰ (visto ser ela quem suporta o ônus da concessão da segurança^{21,22}); ou ambas em litisconsórcio passivo necessário²³.

Inobstante a validade do debate, tem-se prevaído que recai sobre a autoridade coatora apenas o dever de prestar as informações baseada no “dever da verdade”²⁴, enquanto à pessoa jurídica deverá, querendo, apresentar peça defensiva, com natureza de contestação²⁵, muito embora há quem defenda a dificuldade de visualização dessa divisão (informação pela autoridade coatora e contestação pela pessoa jurídica) na prática²⁶.

No momento de despacho da inicial, também é possível que o Magistrado determine a suspensão do ato coator que ensejou a impetração, quando presente o fundamento relevante e do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida (art. 7º, III, da Lei 12.016/2009), ou seja, quando evidenciado o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Inobstante tal previsão, mostra-se necessário averiguar se há possibilidade – e em quais casos - de concessão da tutela provisória de evidência prevista no art. 311, do Código de Processo Civil em sede de Mandado de Segurança.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 06/07.

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A autoridade coatora e o sujeito passivo no Mandado de Segurança. In: Aroldo Plínio Gonçalves (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 127/145.

²² FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 69.

²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. ed. 5. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁵ SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: Fredir Didier Junior (org.). *Ações Constitucionais*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2007. p. 89/135.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil*. v. 03. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015. p. 353.

3.1. Tutela de evidência no Mandado de Segurança.

A possibilidade de concessão de medida liminar no Mandado de Segurança encontra-se prevista no art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009, dispondo expressamente quanto a necessidade de demonstração do fundamento relevante e que do ato impugnado possa resultar ineficácia da medida.

O Código de Processo Civil de 2015, inovou com a inserção do instituto da tutela provisória de evidência em seu art. 311, muito embora referida figura processual (tutela fundada na evidência) já existisse em algumas hipóteses previstas na codificação anterior²⁷.

A importância da referida espécie de tutela provisória advém do fato de ser desnecessária a comprovação do *periculum in mora* para o seu deferimento, bastando, nos casos previstos, seja demonstrada a probabilidade do direito autoral.

Cabe perquirir, assim, se há possibilidade de sua aplicação no rito do Mandado de Segurança, ou se a previsão especial do art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009 impediria a sua concessão.

De início, importa lembrar que a tutela provisória de evidência se afigura como uma técnica processual prevista para o rito comum, possível de ser exportada para os demais procedimentos especiais²⁸.

Trata-se de garantia que se viu ordinarizada com o Código de Processo Civil de 2015, dado a anterior previsão normativa de sua aplicação apenas para os procedimentos em que expressamente prevista.

Vê-se, assim, a inexistência de incompatibilidade legislativa entre a Lei do Mandado de Segurança e a tutela de evidência, que veio a transmutar-se em técnica processual geral apenas com a nova codificação.

A possibilidade de utilização do rito especial do Mandado de Segurança exsurge como garantia constitucional, a qual deve revelar-se mais favorável para persecução do direito pleiteado do que a utilização do procedimento o comum. Do contrário, careceria de sentido a sua previsão enquanto procedimento diferenciado.

As previsões do Código de Processo Civil que se revelem mais efetivas para garantia do direito possível de ser perseguido pelo rito do Mandado de Segurança devem lhe ser

²⁷ BONAGURA, Anna Paola de Souza Bonagura. Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Tutela Provisória*. v. 06. Salvador: Juspodium, 2016. p. 393/402.

²⁸ Nesse sentido é o Enunciado nº 422, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (Vitória/ES): A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais.

aplicadas, sobretudo no caso da tutela de evidência, em que há extrema compatibilidade em decorrência da marcada celeridade do procedimento especial.

Até porque, a previsão normativa infraconstitucional quanto ao seu procedimento não pode impor limitações a um direito fundamental (de impetrar o *mandamus*) mas, do contrário, deve fomentá-lo em conjunto com as garantias processuais (contraditório, ampla defesa, cooperação etc), sem perder de vista o atendimento ao seu caráter expedito (princípio da celeridade).

Há, na realidade, flagrante conexão entre a tutela de evidência e o direito líquido e certo tutelado pelo Mandado de Segurança²⁹.

A própria tutela da evidência enquanto técnica processual ampla, possível de servir às tutelas provisórias ou definitivas, pode dar ensejo - quando fundada em cognição exauriente - à criação de procedimentos especiais, tais quais o Mandado de Segurança ou a ação monitória³⁰.

É possível a concessão da tutela de evidência no Mandado de Segurança³¹, conforme enunciado³² da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – 2017 nesse sentido.

Todavia, nem todas as hipóteses previstas no art. 311, do Código de Processo Civil se revelam compatível e adequada ao rito procedimental do Mandado de Segurança.

3.2. Parcial compatibilidade das hipóteses previstas no art. 311, do CPC/15 com a Lei nº 12.016/2009.

O art. 311, do Código de Processo Civil prevê quatro hipóteses em que o legislador autorizou a concessão da tutela de evidência.

Dentre elas, ganha relevância aquela prevista em seu inciso II, a qual prevê a situação em que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

²⁹ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, a. 2, n. 16, p. 23/43, abril de 2000.

³⁰ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Tutela provisória de evidência. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Tutela Provisória*. v. 06. Salvador: Juspodium, 2016. p. 413/431.

³¹ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. ed. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 581/582.

³² Enunciado 49, da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: A tutela da evidência pode ser concedida em mandado de segurança.

A sua compatibilidade com o rito especial da Lei nº 12.016/2009 é evidente, ao exigir que as alegações de fato estejam comprovadas apenas documentalmente, revelando perfeito encaixe com a necessidade de prova documental pré-constituída no *mandamus*³³.

A existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante revela a necessidade de aplicação da nova sistemática de precedentes prevista no CPC/15, a qual se direciona a todos os órgãos do Poder Judiciário, independente do procedimento (*ex vi* do art. 927, do CPC/15).

Há quem defenda, inclusive, que se faz necessário interpretar o inciso II, do art. 311, do CPC/15 de forma extensiva, abarcando precedentes obrigatórios de outras origens e não apenas aqueles ali referidos^{34 35}.

A concessão de tutela de evidência fundado no art. 311, inciso II, do CPC/15 em Mandado de Segurança, possibilita uma maior celeridade na persecução efetiva do direito autoral, fomentando o respeito aos precedentes vinculantes.

Todas essas observações também se aplicam a hipótese prevista no inciso IV, do art. 311, do CPC/15: se o impetrante instruir a petição inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do seu direito (requisito, inclusive, específico para a impetração do *mandamus*) e a autoridade coatora não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, poderá o Magistrado conceder a tutela de evidência.

Haveria, nesse caso, o deferimento de liminar de forma superveniente, posterior ao despacho inicial previsto no art. 7º, da Lei 12.016/2009.

Por sua vez, a hipótese de tutela de evidência prevista no art. 311, inciso I, exige que reste demonstrado a probabilidade do direito autoral³⁶, bem como fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório.

Trata-se de caso possível de ser verificado em sede de Mandado de Segurança, quando haja, por exemplo, a defesa contrária à orientação vinculante firmado no âmbito administrativo do próprio ente público (hipótese de defesa abusiva da Administração

³³ BONAGURA, Anna Paola de Souza Bonagura. Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Tutela Provisória*. v. 06. Salvador: Juspodium, 2016. p. 393/402.

³⁴ LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. E-Book. ISBN 978-85-970-1694-9.

³⁵ No mesmo sentido: Enunciado 48, da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: "É admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores".

³⁶ Enunciado 47, da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: A probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária.

Pública³⁷) ou então resistência injustificada da autoridade coatora em prestar as informações.

Por outro lado, a hipótese prevista no inciso III, do CPC/15 não possui qualquer relevância para a análise objeto do presente estudo.

O inciso III trata de tutela de evidência em caso de pedido reipersecutório fundado em prova de contrato de depósito.

Trata-se de técnica especial prevista no art. 311 em substituição ao procedimento especial da ação de depósito previsto na codificação anterior (art. 901, do Código de Processo Civil de 1973), diante da constatação de que a simples existência do procedimento comum com a adaptabilidade da técnica diferenciada em questão, seria suficiente para resguardo do direito envolvido³⁸. Referida previsão não se aplica ao Mandado de Segurança.

Em suma, revela-se possível a importação da técnica processual da tutela provisória de evidência fundada no art. 311, incisos I, II e IV, do Código de Processo Civil para o procedimento especial do Mandado de Segurança, por evidente compatibilidade e adequação procedimental, bem como por possibilitar maior celeridade e efetividade na garantia do direito autoral, além de revelar o respeito e fomento à nova sistemática de precedentes trazida pela atual codificação.

4. Considerações finais.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, é necessário observar as possíveis alterações procedimentais a serem sofridas pelos procedimentos especiais com a aplicação de técnicas processuais originalmente previstas para o procedimento ordinário, quando compatíveis e adequadas à persecução do fim pretendido.

No caso do rito especial do Mandado de Segurança, algumas técnicas previstas para o procedimento comum mostram-se de aplicação necessária, havendo a clara possibilidade de concessão de tutela de evidência fundada no art. 311, incisos I, II e IV, do Código de Processo Civil.

³⁷ Enunciado nº 34, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento".

³⁸ DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio de Passos. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 52.

Referências.

BONAGURA, Anna Paola de Souza Bonagura. Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Tutela Provisória*. v. 06. Salvador: Juspodium, 2016. p. 393/402.

BONOMO, Aylton. Utilização das técnicas processuais diferenciadas do Mandado de Segurança no procedimento comum, sob a perspectiva do princípio da adequação jurisdicional. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. a. 12. v. 19. n. 3. set./dez., 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. *Do Mandado de Segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 117.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. ed. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Tutela provisória de evidência. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC: Tutela Provisória*. v. 06. Salvador: Juspodium, 2016. p. 413/431.

DIDIER JR., Fredie. CABRAL, Antonio de Passos. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A autoridade coatora e o sujeito passivo no Mandado de Segurança. In: Aroldo Plínio Gonçalves (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 127/145.

_____. *Mandado de Segurança*. ed. 5. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, a. 2, n. 16, p. 23/43, abril de 2000.

LAMY, Eduardo. *Tutela Provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. E-Book. ISBN 978-85-970-1694-9.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil*. v. 03. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAZZEI, Rodrigo. GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento de sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de. BRUSCHI, Gilberto Gomes.

Processo de Execução e Cumprimento de Sentença: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. p. 19/35.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Segurança – uma apresentação. In: Aroldo Plínio Gonçalves (Coord.). *Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 73/89.

PUPPIN, Bárbara Altoé. OLIVEIRA, Michelle Ivair Cavalcanti de. Breves apontamentos sobre o artigo 327 § 2º, do CPC/15. In: Adriana Pereira Campos, Valesca RAizer Borges Moschen (Org.). *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado*. Vitória: Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, 2017.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: Fredir Didier Junior (org.). *Ações Constitucionais*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2007. p. 89/135.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Breves apontamentos terminológicos sobre o efeito devolutivo

Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: guilhermeabelha@hotmail.com Lattes: 1322897749619572.

Fazendo um estudo de um antigo volume, datado do ano de 1880, do *Curso de Direito Civil Brasileiro*, de autoria do insigne Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas, chamou atenção, em especial, o nome de um dos capítulos: “Dos estudos propedeuticos do direito civil”.¹ Neste capítulo, o autor explica que os diversos ramos do saber estão intimamente conectados, de sorte que “Aquelle que limita os seus estudos a uma só materia, forçosamente os esteriliza”.² E mais, explica ainda o jurisconsulto que todas as ciências são reciprocamente auxiliares. Contudo, há aquelas que devem ser previamente conhecidas, antes de se partir para o estudo de outras — e por isso se denominam *propedêuticas* — e aquelas que convém serem aprendidas em paralelo, simultaneamente — e então são nomeadas de *auxiliares em sentido estrito*.³ Na primeira classe — *propedêuticas* —, Ribas diz que há duas ordens de estudos: os *linguísticos* — entre os quais o autor indica as línguas clássicas, latim e grego, a francesa, a alemã, a inglesa e suas respectivas literaturas; com a ressalva de que nem todas tem o mesmo peso de importância — e os *científicos* — entre estes, os elementos de matemática, história natural, física, história universal e pátria, e filosofia.

Após a leitura de tal texto, estaríamos sendo desonestos se negássemos ser preenchidos por um saudosismo dos estudos jurídicos e jurisconsultos dos séculos passados. Não se pretende negar aqui os grandes progressos obtidos tanto no campo social como no científico, desde os tempos de Ribas até o atual ano de 2021 em que vivemos; afinal, o próprio método de estudo histórico-comparativo, de inspiração italiana⁴, que atualmente se sói utilizar no direito, parece ser um tanto mais eficiente e

¹ RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução ao Estudo do Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1880, p. 65.

² RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução ao Estudo do Direito Civil*. Op. cit., p. 66.

³ RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução ao Estudo do Direito Civil*. Op. cit., p. 67.

⁴ ROSA, Eliézer. Variações Sobre Fatos da Literatura Processual Civil Brasileira. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Vol. 15, 1965, p. 108.

sistemático do que o que outrora era utilizado pelos praxistas. Ao confessar tal saudosismo, também não queremos dizer que *todos* os que viveram nos séculos passados e estudavam jurisprudência fossem expertos e eruditos. Nem se interprete, ao contrário, que estejamos insinuando não haver excepcionais e invulgares jurisconsultos espalhados pelo Brasil atualmente. Definitivamente há. O que nos enche de nostalgia, todavia, é, além da própria erudição desses antigos jurisconsultos, a preocupação que se tinha com o tratamento dado às *matérias propedêuticas do direito*, que se exigiam o aluno ingressante nos Cursos Jurídicos tivesse domínio para que pudesse iniciar na discência do direito.

Basta examinar a Lei de 11 de agosto de 1827, pela qual se criaram os cursos de ciência jurídicas e sociais de São Paulo e Olinda. A lei estabelecia um currículo a ser observado durante os cinco anos de curso, além dos requisitos para que nele pudessem ingressar os alunos: era necessário ter idade mínima de 15 anos e aprovação comprovada nas disciplinas de “lingua franceza, grammatica latina, rhetorica, philosophia racional e moral, e geometria.”⁵ Diante disso, atualmente talvez o conhecimento exigido para ingresso nas Universidades Federais seja mais extenso e profundo no que o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas denominou de *propedêuticas científicas*. Afinal, o aluno que presta a prova para ingresso nas Universidades Federais (o Exame Nacional do Ensino Médio) realmente tem que demonstrar grande proficiência nas áreas de exatas, humanas, literatura nacional e domínio do vernáculo. Realmente, sobre esse aspecto, o ensino propedêutico jurídico mínimo exigido talvez tenha aumentado, ingressando nos cursos jurídicos ao redor do país alunos verdadeiramente versados nos saberes científicos, ou, ao menos, com uma fundação mínima que lhes permite uma compreensão básica dos mais variados temas, desde análise combinatória e estequiometria, até genética e análise sintática.

Contudo, no que diz respeito às disciplinas *propedêuticas linguísticas*, a evolução, nos parece, se deu na proporção inversa. O Exame Nacional do Ensino Médio exige apenas 5 questões de línguas estrangeiras — entre as 180 totais, que são exigidas juntamente com a redação de um texto dissertativo-argumentativo —, que podem ser realizadas, por escolha do aluno, ou na língua espanhola, ou na inglesa. É inegável, assim, que no campo linguístico a exigência mínima sofreu uma perceptível redução.

Por outro lado, a despeito da menor exigência dos saberes idiomáticos (que não o português), o conhecimento das línguas estrangeiras e clássicas são *imprescindíveis* para o estudo do direito positivo nacional, seja para a análise de direito comparado, seja para a reconstituição histórica dos institutos pátrios, que em grande número têm origem direta ou indireta nas culturas jurídicas alienígenas europeias ou no próprio

⁵ Art. 8º, da Lei de 11 de agosto de 1827. In: *Colelecção das Leis do Imperio do Brazil de 1827*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 6.

direito romano. Não há como se negar a importância que conservam ainda hoje os saberes linguísticos para o estudioso do direito. Alguns dispositivos legais, se traçada sua origem no direito positivo nacional, chegam a revelar até mesmo terem sido fruto de traduções de disposições existentes em legislações estrangeiras. Há caso emblemático, inclusive, envolvendo o antigo e altamente controvertido — hoje modificado — art. 88 do Código de Processo Civil de 1939, sobre o *litisconsórcio*, que, segundo apontam alguns doutrinadores, fora fruto de uma equivocada tradução da legislação alemã.

Outro aspecto dessa importância dos idiomas no direito, e que será especialmente focalizada por esse trabalho, é a corriqueira presença do latim não só na literatura jurídica, como também foro. Qualquer estudante de direito, mesmo o recém iniciado, se adequadamente assíduo nos estudos, poderá certamente confirmar que as expressões latinas são frequentes: vão desde a icônica *data uenia*, conhecida até mesmo por aqueles que não fazem parte do mundo jurídico, mas o acompanham indiretamente pelos jornais e noticiários, até as expressões de grande importância teórica, como *auctoritas rei iudicatae* ou *secundum eventum litis*.

Essas expressões e brocardos latinos são repetidos, muitas vezes, sem que se tenha uma preocupação com o exame do sentido linguístico que encerram, para além do significado conceitual que adquiriram ao longo da história da literatura jurídica. Talvez este último aspecto — conhecimento do conceito por detrás dessas frases — baste, realmente, para a prática e estudo do direito positivo. Contudo, ao nosso ver, a preocupação linguística e etimológica deve andar ao lado, *em auxilio*, da compreensão puramente jurídica, servindo a esta como importante instrumento de iluminação. É importante frisar que não se está dizendo que as traduções dessas frases sejam ignoradas pelos profissionais do direito. Antes o contrário. Abundam traduções, que podem ser facilmente encontradas em quaisquer mecanismos de busca digital. O problema, que apontamos, é que nem sempre essas traduções corriqueiramente repetidas correspondem ao sentido exato (ou mais aproximado) da expressão estrangeira. Outro ponto a se observar é que por estarem esses brocardos e máximas na língua latina, se costuma presumir que provenham diretamente do direito romano, o que definitivamente não é sempre verdade.

Feitas essas considerações preliminares, passemos então a uma breve explicação introdutória de como surgiu a ideia para realização desse estudo: ao ter contato com a teoria geral dos *recursos* no direito processual civil, e mais especificamente ao estudar o chamado *efeito devolutivo* dos recursos, exurgiu para nós uma expressão do mais importante relevo teórico e prático: *tantum devolutum quantum appellatum*. Ler essa máxima nos fez refletir sobre alguns aspectos terminológicos e suscitou algumas

dúvidas, que tentaremos enunciar ao longo desse texto e, com sorte, aclarar de alguma forma.

Primeiramente, é necessário apresentar uma breve conceituação do que se entende na doutrina por *efeito devolutivo*, mas sem adentrar nos meandros atinentes às diferentes definições que a ele dá a doutrina.⁶ Nos dizeres de FLÁVIO CHEIM JORGE, o efeito devolutivo “deve ser compreendido como a obtenção de outro pronunciamento do Poder Judiciário por intermédio do órgão competente.”^{7 8}

Posto isso, ainda é de se dizer que o efeito devolutivo é geralmente analisado sob dois planos, quais sejam, um horizontal e outro vertical. Na preciosa lição de BARBOSA MOREIRA, “Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar.”⁹

Sem entrar aqui na própria evolução legislativa por que passou o efeito devolutivo no Brasil e a diversa amplitude que ele assume em alguns ordenamentos alienígenas, o que nos importa dizer nos estritos limites deste brevíssimo estudo é que atualmente o que se entende por efeito devolutivo, e mais propriamente sobre sua *extensão*, na dicção do art. 1.013, *caput*, do CPC, é que: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.” Assim, ao juízo *ad quem* somente é lícito *julgar* aquela matéria que foi *impugnada* pelo recurso; do que não se impugnou, é vedado o julgamento pelo órgão *ad quem*.

A doutrina¹⁰ e jurisprudência reiteradamente citam uma máxima em latim, apresentada como regente dessa limitação que a extensão do efeito devolutivo impõe

⁶ Um ponto que gera grande debate na doutrina é saber se é necessário, ou não, que a transferência operada pelo efeito devolutivo seja para um órgão diverso daquele que proferiu a decisão recorrida. Parcela da doutrina entende que seria um elemento essencial, então, admitem a existência de recursos sem o efeito devolutivo. Outra parte da doutrina entende que o órgão revisor não precisa ser necessariamente diverso do prolator da decisão atacada, e assim concluem que todos os recursos têm o chamado efeito devolutivo.

⁷ CHEIM JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7.ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 346.

⁸ Algumas outras definições: Diz JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ que “O característico do efeito devolutivo é, assim, a *devolução* do conhecimento da causa à superior instância, dentro das normas e regras legais.” *Do Recurso de Apelação (Cível)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 160; MARCO AURÉLIO MOREIRA BORTOWSKI, sobre o efeito devolutivo, diz que “esse efeito significa a transferência da matéria impugnada ao juízo recursal, pouco importando que ele seja o mesmo que proferiu a decisão atacada.” *Apelação Cível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 113, nota n. 228.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 430.

¹⁰ Nas palavras do próprio Barbosa Moreira: “A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. É o que estabelece o dispositivo ora comentado,

ao *juízo ad quem* no momento de julgar um recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*. A tradução é facilmente encontrada e repetida, com algumas variações, mas em essência: tanto devolvido quanto apelado.

Antes de prosseguir, é de se enunciar uma pergunta que nos perseguiu desde o início de nossos estudos — e que talvez já tenha afligido o leitor em alguma oportunidade na trajetória dos estudos jurídicos —, mas que apenas exurgiu, como se estivesse antes adormecida, quando começamos a refletir sobre o brocardo em latim que diante de nossos olhos se postava; eis a pergunta: ora, se com o *recurso* se objetiva o reexame de algo já julgado (*error in iudicando*) ou a análise da própria validade do ato de julgamento (*error in procedendo*), *por qual motivo se diz que há “devolução” para o órgão ad quem, se nenhuma atividade ele desempenhou até agora no processo para que algo pudesse ser devolvido a ele?*¹¹

Voltando ao brocardo — *tantum devolutum quantum appellatum* —, depois de nossa pequena divagação, recordando das lições de RIBAS e da importância que ele atribuía aos *estudos linguísticos*. Nos parecia necessário averiguar o sentido exato que o brocardo teria na língua latina. Até mesmo porque, como bem se sabe, não faltam, na própria língua portuguesa, e principalmente no direito, exemplos de palavras perniciosas e traiçoeiras, capazes de enganar o leitor leigo desavisado. Era necessário tentar traduzir a frase.

Recorremos então ao nosso dicionário de latim, que já adotamos como praxe deixar a postos no canto de nossa mesa de estudos, haja vista a profusão de termos e frases latinas que se empregam em textos jurídicos. É certo, no entanto, — devemos confessar — que não esperávamos encontrar nada de muito diverso do que usualmente já víamos nas traduções corriqueiras mencionadas — tanto devolvido quanto apelado — e também daquilo que a própria intuição de um falante do idioma português poderia esperar. Todavia, para nossa surpresa, o seguinte verbete encontramos: **“deuōluo, -is, -ěre, -uolui, -uolutum. (de-uoluo). Fazer rolar de cima para baixo, arrastar rolando, precipitar. Desenrolar, fiar. Rolar, desligar, cair. Desenvolver.”** (grifos do original)¹²

quando defere ao tribunal 'o conhecimento da matéria impugnada'". *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, op. cit., p. 430.

¹¹ Apenas uma ressalva. Como já dito na nota n. 6, a doutrina diverge a respeito de haver ou não efeito devolutivo nos casos em que o órgão de reexame é o mesmo que proferira a decisão recorrida; há parte que entende haver efeito devolutivo aí, e outra a entender que não. Assim, ao enunciar nossa pergunta estamos pensando nos casos em que o órgão *ad quem* é diverso do *a quo*. Contudo, se for eles coincidirem nossa indagação permanece válida: ora, se o órgão é o mesmo, nada há que se *devolver* a ele, pois isso implicaria o absurdo de ter que devolver algo que já possui para si mesmo.

¹² BIANCHET, Sandra Braga; REZENDE, Antônio Martinez de. *Dicionário do Latim Essencial*. 2.^a ed. ver. e. ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

Eis o motivo de nosso espanto: nenhum dos possíveis significados encontrados guardavam a mínima relação com o sentido que tem o vocábulo *devolver* na língua portuguesa.

Checamos mais um dicionário, o *Novíssimo Dicionário Latino-Português*, do Francisco Rodrigues dos Santos Saraiva. Alguns dos significados encontrados guardavam alguma semelhança com o sentido que se fala na matéria de recursos, mas no geral o panorama era o mesmo que havíamos percebido no outro dicionário. Eis os significados e expressões citados pelo dicionarista que pareceram se amoldar, uns mais outros menos, ao sentido do efeito devolutivo: “Ir á pressa, acudir”; “Passar rapidamente (d’um a outro objecto)”; “Que se abaixa ás supplicas”; “Volta breve para a tua familia”; “Este nome foi dado a outra coisa”. Ainda assim, não parecia que o verbo *devolvo* tivesse um sentido tão claro de “dar de volta”, “restituir”, para que pudesse ser traduzido como *devolver* em português.

Mas então, antes de dar qualquer passo a mais, achamos por bem compulsar um dicionário de português e verificar se o vocábulo teria em nosso idioma algum outro significado que escapasse ao tradicional sentido de *restituir*. Eis o que encontramos no dicionário Michaelis¹³:

devolver

de-vol-ver

vtd e vtdi

1 Restituir ou entregar ao dono ou ao primeiro transmissor; reembolsar, repor, ressarcir: *“Apertei o livro contra o peito [...]. Minha única saída era devolvê-lo e fingir que não o tinha visto”* (In). *Devolveu-nos tudo que lhe emprestamos.*

vtd e vtdi

2 Mandar de volta; recambiar, reconduzir, reenviar: *Pediu para devolver os folhetos promocionais recebidos. Mandou devolver ao ex-noivo os presentes recebidos.*

vtd e vtdi

3 Dizer em resposta; rebater, replicar, retrucar: *“[...] o guarda estava devolvendo a provocação que Mário lhe fizera, quando entrou com o café”* (CA). *Devolveu ao professor a grosseria recebida.*

vtd e vtdi

4 Transferir propriedade ou direito a; passar: *Orgulhoso, devolveu a herança recebida. Devolver aos herdeiros legítimos uma herança.*

vtd e vtdi

¹³ Dicionário Michaelis Online.

5 Não aceitar; declinar, recusar: *Devolveu a roupa com defeito. Devolveu à cozinha a carne estragada.*

vtd e vtdi

6 FIG Refletir (imagem); mostrar: *O espelho devolveu seu rosto triste e cansado. O espelho devolveu-lhe uma figura esquelética e macilenta.*

vtd

8 COLOQ Expelir pela boca o que se encontra no estômago; vomitar: *De tão chocado com a notícia, devolveu o almoço inteiro.*

vtd e vpr

9 Estender(-se) no tempo e no espaço; desdobrar(-se), prolongar(-se).

ETIMOLOGIA

lat devolvĕre.

Diante disso, dois sentidos nos pareceram se amoldar, mas não sem ressalvas, ao conceito que encerra o efeito devolutivo, quais sejam, o de *reenviar* e o de *transferir direito*. Buscamos, então, mais um dicionário vernáculo, um tanto mais antigo — o dicionário de Antonio de Moraes Silva — para ver se com alguma nova informação nos iluminava. Eis o que dizia em alguns dos verbetes, que achamos por bem consignar aqui:¹⁴

DEVOLUÇÃO, s. t. Direito de adquirir por sucessão de grão em grão. §. Restituição ao primeiro Senhorio.

DEVOLUTÁRIO, s. m. O que alcançou benefício devoluto.

DEVOLUTIVO, adj. Que faz devolver-se: v. g. "receberá a appellação no effeito *devolutivo*:" (t. forense.) i. é., para ir á decisão dos Juizes Superiores, mas correndo sempre os termos no Juizo de que se appella, V. *Suspensivo*.

DEVOLUTO, adj. Aquirido por devolução, quando o inferior, e collator ordinario não confere, e se devolve ao superior o direito de conferir, v. g. Beneficio. §. Que passa ao senhor superior, donde procedeo: v. g. *o feudo ficou devoluto ao Imperador*. §. Vazio, desoccupado, sem dono [...]. §. Sem effeito. [...].

DEVOLVĒR-SE, v. at. reflex. *O entendimento que se devolve ás coisas terrenas; como que rola, e propende para ellas*. §. Devolver-se: tornar ao Superior, ou áquelle de quem saio: v.g. *esses bens por sua morte devolvem-se á Coroa*. M. Lus. §. Referir, dar para arbitrar, e julgar ao Juiz superior. *contendas devolidas ao arbitrio del-Rei*. §. at. Dar, passar a outro: v. g. *a Lei*

¹⁴ SILVA, Antonio de Moraes da. *Diccionario da Lingua Portugueza Recopilado*. Tomo I. Lisboa: Typographia Lacerdina, 1813, pp. 611-612.

devolve a herança aos agnados. §. Passar ao Juiz da superior instancia; v. g. Pilatos devolveo as accusações ao juizo das vontades dos Principes dos Sacerdotes. Vieira.

Após exame desse dicionário, realmente constatamos que alguns dos sentidos de *devolver* podem se amoldar àquilo que nos referimos com o termo *efeito devolutivo*, inclusive, o próprio dicionarista Antonio de Moraes Silva se serviu do exemplo da *appellatio* para ilustrar um dos significados indicados. Contudo, essa constatação em nada sossegou nossas inquietações, afinal servia apenas como prova de que, na data de publicação desse dicionário, o ano de 1813, o verbo *devolver* já podia assumir o sentido que hoje empregamos para indicar o efeito devolutivo: não esclarecia se esse significado era originário do vocábulo ou não. Dizendo em outras palavras, o dicionário era prova de que no Brasil, desde 1813, pelo menos, já se empregava o verbo *devolver* com sentidos diversos de *restituir* e inclusive naquele sentido empregado na expressão *efeito devolutivo*. Não explicava, contudo, quando, e por que esse verbo teria passado a ser utilizado para exprimir um efeito dos recursos; na verdade, não aclarava nem mesmo se esse sentido em que se emprega no efeito devolutivo seria talvez originário, e, quem sabe, o de *restituir* seria a ele posterior. Contudo, sabíamos que na língua latina, como já dito, o sentido principal, exposto pelos dicionários, parecia não se amoldar com o de *restituir*.

Achamos por bem, então, verificar alguns dicionários etimológicos, para saber se *devolver* e *devoluere* realmente tinham uma ligação direta — o que parecia intuitivo —, e mais, saber se haveria ocorrido alguma transformação semântica na história que justificasse o sentido principal do termo ter se desviado do que outrora teria tido. No primeiro dicionário etimológico da língua portuguesa a que recorreremos, não constava o verbo *devolver*¹⁵, mas apenas o verbete “devoluto”, que tinha a seguinte notícia: “Do lat. *devolutu*, propriamente rolado de um lugar para outro; no latim medieval *devoluere* passou a significar pedir a transferência, para si, de um benefício vago, sem dono.”¹⁶ Outros dicionários me forneceram a mesma origem etimológica, *devoluere*, mas pouco aclararam a respeito da evolução semântica.

Parecia certo que *devolver* provinha de *devoluere*, mas não estava claro o *iter* de transformações por que teria passado o vocábulo até os dias atuais. Verificamos, ainda, um dicionário de direito romano, na esperança de encontrar alguma informação

¹⁵ Devemos dizer que em vários dos dicionários etimológicos que tivemos acesso, alguns até mesmo propriamente da etimologia latina, tanto na língua espanhola, como francesa, inglesa, italiana e portuguesa, o verbo *devoluo* se revelou omitido, dificultando nossa pesquisa.

¹⁶ NASCENTES, Antenor. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: (?), 1955, p.155.

reveladora. O que descobrimos compulsando o *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, de Adolf Berger, foi um verbete sobre o termo *devolutus* (que o autor indica como proveniente de *devoluere*), que explica ter sido empregado no direito romano com relação a sucessão, tutela ou propriedade conferida a alguma pessoa¹⁷, não mencionando o autor a sua utilização para a designação de um dos efeitos ou características da *appellatio*.

Até aqui, o que sabíamos era que o verbo *devolver* era proveniente do latim *devoluere*, sendo que este não tinha, ao que parece, um significado principal de restituir, mas de “precipitar”, “rolar de cima para baixo”, sendo algumas vezes empregado com o sentido de transferir, principalmente no direito, em que teria sido utilizado para se referir a sucessão, tutela ou propriedade conferida a uma pessoa. De qualquer forma, além de não termos conseguido traduzir o brocardo de alguma forma compatível com o sentido que ela tem no que diz respeito ao efeito devolutivo, nossa pergunta-divagação permanecia agora se revelava a causa, a origem, de nossas dificuldades em traduzir a máxima em latim. Assim, embora o estado de dúvida ainda nos afligisse, achamos por bem prosseguir nos estudos jurídicos propriamente ditos e suspender o desenlace de nossos questionamentos terminológicos.

Então, retomamos a leitura dos textos e o estudo sobre o efeito devolutivo. No entanto, para nossa surpresa, logo nos deparamos com as mesmas inquietações, das quais estávamos padecendo, sendo reproduzidas — *e respondidas!* — pela doutrina que líamos: havia uma explicação histórica para a utilização desse termo. E mais; o emprego do vocábulo já havia sido objeto de críticas por certos juristas, que até mesmo elaboraram propostas para sua substituição.

Reproduzindo as palavras de FLÁVIO CHEIM JORGE que serviram para aclarar nossas dúvidas:

Essa expressão “efeito devolutivo” provém do período do procedimento extraordinário do direito romano, no qual se considerava que os magistrados inferiores exerciam sua competência em caráter de delegados dos magistrados superiores, e estes, por sua vez, por delegação do imperador, que detinha a competência originária.

A consequência necessária desse princípio consistia em que a apelação devolveria a competência ao magistrado delegante [...].

¹⁷ BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. In: *Transactions of the American Philosophical Society*, v. 43, part. 2. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, p. 434.

Contudo, ao mesmo tempo em que compreendemos a razão por detrás do verbo *devolver*, não ficava clara a razão de esse uso ter origem romana. Olhando retrospectivamente para o que havíamos pesquisado, nos parecia que no latim da época de Roma o verbo *devolver* não teria sido utilizado com significado principal de *restituir*. Assim, a explicação dada de que o termo *devolutivo* teria explicação na estrutura romana, em que com o recurso se entregava de volta a competência para o magistrado superior delegante não parecia se coadunar com os significados de *deolvere* que havíamos encontrado — embora fosse perfeitamente possível, é claro, que a acepção de restituir também tivesse origem romana. Então, surgiu em nós a dúvida: será que a origem da expressão *efeito devolutivo* seria mesmo romana? Talvez a estrutura romana explicasse o porquê de ter sido o termo *devolver* utilizado para indicar o fenômeno de devolução da competência, isto é, o *porquê* da origem, mas não a origem em si, que talvez pudesse ser medieval, por exemplo.

Passamos, então, a buscar algum outro autor que versasse sobre a exata origem do emprego da expressão. Deva-se dizer, contudo, que não foi fácil encontrar fontes explicando por que exatamente a expressão “efeito devolutivo” teria origem romana — e não, por exemplo, medieval. VÍCTOR DE SANTO explica, citando LINO ENRIQUE PALACIO, que o termo *devolutivo* provém da época do processo extraordinário romano, quando os magistrados exerciam sua competência como delegados de outros magistrados superiores, que por sua vez eram delegados do próprio Imperador, que tinha a competência originária; por isso, a expressão *devolver*, já que a competência delegada era devolvida ao magistrado delegante, ficando suspensa a do magistrado delegado.¹⁸ Buscamos o autor citado por VÍCTOR DE SANTO, e eis o que diz LINO ENRIQUE PALACIO¹⁹:

La expresión "efecto devolutivo" deriva de la época del derecho romano en la que los magistrados inferiores ejercían jurisdicción como delegados del emperador, *devolviéndosela* en el caso de mediar un recurso de apelación. Y esa devolución de la jurisdicción traía aparejado el efecto de que la competencia del juez inferior quedaba *suspendida* hasta tanto recayese sentencia del superior. Originariamente, por lo tanto, la apelación producía ambos efectos: *devolutivo* y *suspensivo*, siendo este último consecuencia del primero. Pero el derecho canónico — como recuerda CARAVANTES — advirtiendo que, en cierto tipo de causas, como las de alimentos, la imposibilidad de ejecutar la decisión del juez inferior era susceptible de producir perjuicios irreparables, admitió que la apelación pudiera concederse

¹⁸ DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Tomo I. op. cit., p. 124.

¹⁹ PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, n. 333, p. 590.

"al solo efecto devolutivo", o sea, sin que ella suspendiese la jurisdicción del inferior.

Como se vê, o autor reafirma a origem romana da expressão, mas infelizmente não cita a fonte de tal informação, restando-nos a dúvida sobre a origem exata do termo. Perceba que o autor parece indicar, pelo menos ao que nos parece, *que a expressão efeito devolutivo tem origem romana*, época em que, como ele afirma, o efeito suspensivo sempre era produzido juntamente com o devolutivo, sendo deste uma consequência; no direito canônico isso teria se alterado, admitindo-se o efeito devolutivo sem o suspensivo. Recorremos ao autor que LINO ENRIQUE PALACIO cita logo na próxima linha após falar da origem do termo, na esperança de tal citação se referir, porventura, também à frase anterior.

Buscamos, então, a doutrina de VICENTE Y CARAVANTES²⁰ e o autor traz realmente uma explicação muitíssimo esclarecedora, embora, ao nosso ver pelo menos, não confirme exatamente a suposta origem romana, antes o contrário. Diz o autor que²¹:

Antiguamente en Roma, toda apelacion suspendia la ejecucion de la sentencia apelada, lo que se fundaba en que teniendo por objeto este recurso reparar los perjuicios que aquella causaba al apelante, convenia suspender la jurisdiccion del juez que la dictó , para que no pudiera irrogarle nuevos gravámenes, ó para evitar los gastos y dilaciones necesarios á la reparacion de los que se hubiesen causado, en el caso de que se revocase ó reformara la sentencia. [...].

El derecho canónico fue el que verificó entre los efectos de la apelacion la preciosa distincion desconocida al derecho romano del efecto devolutivo y suspensivo, disponiendo que solo tuviera la apelacion el efecto devolutivo ó que solo se admitiera en dicho efecto en muchos casos de terminados en que podian causarse perjuicios acaso irreparables, el suspender la ejecucion de la sentencia, por la urgencia del negocio ó por otra causa atendible. [...] Desde entonces la apelacion fue devolutiva por esencia y suspensiva por naturaleza.

²⁰ Achamos interessante citar aqui uma definição que o autor faz, em outro livro seu, a respeito dos efeitos devolutivo e suspensivo: "Dos son los efectos de la apelacion; suspensivo y devolutivo: por el primero se suspende la jurisdiccion del juez inferior y se impide la ejecucion de la sentencia: por el segundo se devuelve ó pasa al superior el conocimiento de la causa, sin impedir la ejecucion de la sentencia del inferior." VICENTE Y CARAVANTES, Don José de. *Tratado Elemental De Los Procedimientos Sobre Negocios Y Causas De Comercio*. 2.ª ed., corr. y aumen. Madrid: Imprenta de Boix, 1850, Tít. XIV, Sec. I, § 1, p. 215.

²¹ VICENTE Y CARAVANTES, Don José de. *Tratado Histórico, Crítico Filosófico De Los Procedimientos Judiciales en Material Civil*. Tomo IV. Madrid: Imprenta y Libreria de Gaspar y Roig, 1858, n. 1337-1338, pp. 23-24.

[...]. Esta teoría despues de haberse aplicado en los tribunales eclesiásticos, respecto de ciertas causas sumarias y en especial las de alimentos, se introdujo en el derecho civil de las naciones.

Agora, ao ler a doutrina de VICENTE Y CARAVANTES, o autor trazia uma explicação clara sobre o efeito devolutivo ter se distinguido do suspensivo no direito canônico, tendo sido a distinção desconhecida pelo direito romano.²² É certo que não fica claro se a expressão *efeito devolutivo* — que, deve-se dizer, é amplamente empregada nos livros jurídicos antigos em latim, pelo menos desde o séc. XVI, o que não percebemos nas fontes romanas — surgiu no direito romano, ou somente posteriormente; que já poderia existir para indicar de forma uma os dois efeitos que depois viriam a ser distinguidos.

Diante do que expusemos e nos limites estritíssimos desse brevíssimo estudo, não conseguimos chegar a conclusões firmes para nossos questionamentos. Pretendemos, por outro lado, tão somente lançar luz para algumas perguntas que tivemos e enunciar nossa dúvida: *quando passamos a empregar o termo efeito devolutivo na história; chegando ao ponto de estar presente talvez em quase todos os livros que versem sobre os recursos ao redor do mundo?*

Esse fora nosso intento: tão simplesmente lançar luzes sobre o problema, cientes de que a solução talvez já esteja em alguma página de algum certo livro por nós desconhecido ou ao qual não tivemos acesso – e por isso de antemão pedimos escusas. Contudo, se essas nossas dúvidas a respeito do efeito devolutivo e da famosa *tantum devolutum quantum appellatum* já foram por outros elucidadas ou se ainda jazem em sombras, somente poderemos saber com um estudo mais profundo e demorado, que escapava aos limites desse nosso trabalho.

Referências bibliográficas.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 430.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. *Apelação Cível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CHEIM JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²² No mesmo sentido, inclusive citando VICENTE Y CARAVANTES, LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de Normas Gerais dos recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, n. 217, p. 256.

- CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Do Recurso de Apelação (Cível)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.
- DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1987.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de Normas Gerais dos recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963.
- PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução ao Estudo do Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1880.
- ROSA, Eliézer. Variações Sôbre Fatos da Literatura Processual Civil Brasileira. In: *Revista de Direito da procuradoria Geral*. Vol. 15, 1965.
- SILVA, Antonio de Moraes da. *Diccionario da Lingua Portuguesa Recopilado*. Tomo I. Lisboa: Typographia Lacerdina, 1813.
- VICENTE Y CARAVANTES, Don José de. *Tratado Elemental De Los Procedimientos Sobre Negocios Y Causas De Comercio*. 2.^a ed., corr. y aumen. Madrid: Imprenta de Boix, 1850.
- VICENTE Y CARAVANTES, Don José de. *Tratado Histórico, Crítico Filosófico De Los Procedimientos Judiciales en Material Civil*. Tomo IV. Madrid: Imprenta y Libreria de Gaspar y Roig, 1858.

A responsabilidade civil dos hospitais, das operadoras de planos de saúde e do estado pela falta de leitos na pandemia da Covid-19

Igor Gava Mareto Calil

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Currículo Lattes: 8802836350537240. E-mail: igorgcalil@gmail.com.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A responsabilidade civil por falta de vagas no sistema privado de saúde: o dever dos hospitais e a solidariedade das operadoras de planos de saúde; 2.1 A responsabilidade civil dos hospitais privados por danos provenientes da falta de leitos; 2.2 A responsabilidade civil solidária das operadoras de planos de saúde; 3. A falta de vagas hospitalares no sistema público de saúde: omissão estatal e a responsabilidade civil; 4. Conclusão, 5. Referências Bibliográficas.

1. Considerações iniciais.

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca a saúde e seu correlato acesso universal como direitos fundamentais, previstos nos artigos 6º e 196. Do mesmo modo, estatui o *princípio da eficiência administrativa* no que tange a prestação de serviços públicos, que encontra empecilhos diante do sucateamento do Sistema Único de Saúde.

No entanto, a pandemia de COVID-19 revelou falhas não apenas no serviço público de saúde, mas também na rede privada. Exemplo disso, é a insuficiência de vagas nos hospitais, problema que não se limita ao âmbito estatal, cujas proporções restam ampliadas durante o contexto pandêmico. Inegável são os danos oriundos destas falhas, que vão desde invalidades à morte, motivo pelo qual se deve questionar sobre quem recai a responsabilidade civil nestes casos.

Em razão das naturezas distintas da relação hospital-paciente, quando analisados os sistemas de saúde público e privado, faz-se necessário realizar uma análise recortada do instituto da responsabilidade civil nos casos de falta de leitos. Afinal, projeta-se de maneira singular em cada um deles. Ora se aplica o art. 37, §6º da Constituição da República, ora se vale do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, com especial

ênfoque na discussão sobre a taxatividade do rol de excludentes de responsabilidade civil suscitada por este último dispositivo.

Pretende-se, pois, elucidar as variantes inerentes aos sistemas de saúde, atentando-se aos particulares desdobramentos da responsabilidade civil em cada um deles, mormente no que tange à carência de vagas hospitalares durante a pandemia de COVID-19.

2. A responsabilidade civil por falta de vagas no sistema privado de saúde: o dever dos hospitais e a solidariedade das operadoras de planos de saúde

2.1 A responsabilidade civil dos hospitais privados por danos provenientes da falta de leitos

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 3º, conceitua fornecedor como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolve, entre outras atividades, a prestação de serviços. Do mesmo modo, concebe como consumidor pessoas que adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatário final. Evidente é que tais definições se amoldam, respectivamente, às figuras dos hospitais privados e dos pacientes, motivo pelo qual a relação firmada entre eles representa vínculo de natureza consumerista.

A legislação consumerista prevê como regra geral a natureza objetiva da responsabilidade civil. Ampara-se na teoria do risco do negócio, uma vez que na livre iniciativa as decisões e ações do empreendedor estão simultaneamente alheias ao sucesso e ao fracasso, podendo um risco mal calculado levar o negócio à "bancarrota" (NUNES, 2018, p. 153). O mesmo é aplicado à responsabilidade civil dos fornecedores de serviço.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor determina que os prestadores de serviços, tal qual os hospitais privados, respondem independentemente de culpa pelos danos decorrentes de defeitos no serviço prestado. Trata-se de *fato do serviço*, ordinariamente conhecido por "acidente de consumo", em que o defeito figura como *conditio sine quae non* (MIRAGEM, 2008, p. 267).

Apesar de não conceituado pelo Código de Defesa do Consumidor, entende-se por fato do serviço "o evento danoso *externo* gerado pelo produto (ou serviço) em prejuízo do consumidor ou de terceiro que venha utilizá-lo ou consumi-lo" (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 435). É, por exemplo, o dano causado ao paciente em decorrência da insuficiência de leitos.

Como destaca Rizzato Nunes, só há propriamente fato do serviço nos casos de defeito, uma vez que esse vai além do produto ou do serviço, atingindo a incolumidade da pessoa. Serviço defeituoso é, portanto, aquele que não oferece a segurança expectável ao consumidor, causando-lhe danos em seu patrimônio material ou moral (2018, p. 157).

Considerar um serviço como defeituoso é tarefa não alheia às circunstâncias que o circundam. De sorte que, deve-se levar em conta o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido, ex. artigo 14, §1º do Código de Defesa do Consumidor.

A falta de leitos hospitalares na rede privada de saúde é claro exemplo de defeito do serviço, uma vez que atinge o patrimônio personalíssimo da pessoa, causando-lhe danos irreparáveis - v.g., a morte e a invalidez. Portanto, devem ser os hospitais privados objetivamente responsabilizados por esses danos, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre o defeito do serviço e o evento lesivo suportado pelo consumidor, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, é possível que a responsabilidade civil dos fornecedores seja afastada mediante a verificação das excludentes previstas pelo §3º do artigo 14. São elas: a) inexistência do defeito, b) culpa exclusiva do consumidor, e c) culpa exclusiva de terceiro. Apesar do legislador ter recorrido ao termo "só" ao tratar de tais hipóteses, há dissenso na literatura jurídica quanto à natureza taxativa desse rol. Isto é, se haveriam outras hipóteses para além das elencadas pelo dispositivo, como o caso fortuito e força maior.

Gustavo Tepedino, por exemplo, compreende pela natureza exemplificativa do rol do §3º, de modo que vislumbra a possibilidade de abrangência ao caso fortuito ou de força maior. Argumenta que a capacidade desta excludente (caso fortuito ou de força maior) romper com o nexo de causalidade entre o acidente e o resultado danoso, permitiria sua incidência à responsabilidade civil nas relações consumeristas (TEPEDINO, 2006, p. 110).

Do mesmo modo, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin sustenta que apesar de não indicar o caso fortuito ou de força maior como excludentes, o Código de Defesa do Consumidor não os excluiria, motivo pelo qual seriam aplicáveis (1991, p. 67). Partilhar destes entendimentos seria cogitar pelo afastamento da responsabilidade civil dos hospitais particulares (fornecedores) pela falta de leitos durante a pandemia de COVID-19, uma vez que é genericamente concebida como caso fortuito ou de força maior.

Todavia, não parece ser este o caminho mais correto a seguir. Em consonância às ideias de Rizzato Nunes (2018, p. 245) e Roberto Senise Lisboa (2012, p. 271), a literalidade do texto do §3º do artigo 14 não permite outra conclusão que não pelo caráter taxativo

deste rol. Afinal, ao utilizar do advérbio "só", de classe de exclusão, parece evidente que a intenção do legislador era restringir as hipóteses de excludentes da responsabilidade civil dos fornecedores. Do mesmo modo, na interpretação da lei, as normas restritivas de direito apenas podem ser interpretadas de maneira declarativa ou restritiva, motivo pelo qual não seria possível exonerar a tal responsabilidade civil por caso fortuito ou força maior (LISBOA, 2021, p. 271).

Em se pautando na literalidade legal, não se concebe a possibilidade de elidir o dever de reparar dos hospitais privados pela falta de leitos com a mera alegação de que a pandemia de COVID-19 seria hipótese de caso fortuito ou de força maior. Apenas poderia esta ser afastada caso comprovado a presença, no caso concreto, de uma das excludentes taxativamente previstas pelo §3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

2.2 A responsabilidade civil solidária das operadoras de planos de saúde.

A Lei 9.656/98 (Lei do Plano de Saúde), artigo 1º, II, define as operadoras de planos de saúde como pessoas jurídicas que operam produtos, serviços ou contratos de plano privado de assistência à saúde. Esses serviços podem ser fornecidos a partir de duas formas de cobertura: o sistema de reembolso das despesas, em que o beneficiário tem a faculdade de escolher livremente os prestadores de serviço, e o em que essa escolha é limitada àqueles prestadores de serviço credenciados ao plano (CAVALCANTE, 2007, p. 181).

A questão da falta de leitos, assim como de outras falhas de serviço, é discutida nesta segunda hipótese de serviço, em que os danos são praticados por fornecedores credenciados à operadora, seja médico, laboratório ou hospital.

Dentre as obrigações contratuais das operadoras, tem-se o dever de providenciar vagas em hospitais credenciados, bem como de fornecer acomodação superior no caso de ausência de leitos, ex. art. 33 da Lei nº 9.656/98. De igual maneira, nos casos de indisponibilidade de vagas nos hospitais, é obrigação da operadora garantir o serviço em outra unidade hospitalar, seja essa credenciada ou não ao plano, devendo custear todas as eventuais despesas, *vide* art. 4º da Resolução Normativa nº 259 da Agência Nacional da Saúde.

"Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de prestador integrante da rede assistencial que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o atendimento em:

I - prestador não integrante da rede assistencial no mesmo município; ou (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

II - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este.

§ 1º No caso de atendimento por prestador não integrante da rede assistencial, o pagamento do serviço ou procedimento será realizado pela operadora ao prestador do serviço ou do procedimento, mediante acordo entre as partes.”

Caso a operadora de plano de saúde cumpra suas obrigações, considera-se o serviço efetuado, não havendo o que se dizer em responsabilidade civil. Afinal, não houve configuração de dano.

O questionamento que surge é quanto aos casos em que a operadora permanece inerte frente à necessidade de uma vaga pelo paciente, implicando em danos. O Superior Tribunal de Justiça entende que a prestadora de serviços de planos de saúde é responsável, de maneira concorrente, pela qualidade do atendimento prestado ao contratante por fornecedores (médicos, laboratórios, hospitais etc.) por ela credenciados (STJ- RESP n. 796739/MT, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.02.2000, DJU, de 17.02.2000). Afinal, o credenciamento representa atestado de que a pessoa (física ou jurídica) reúne os atributos de eficiência, operosidade, entre outros (DIAS, 2006, p. 361). De sorte que, compromete-se a operadora pela qualidade do serviço prestado, motivo pelo qual também deve ser responsabilizada.

O artigo 25, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, prevê que, havendo mais de um responsável pelo dano, todos respondem pela reparação desse. De igual maneira, o art. 34 dispõe que o fornecedor de serviço é *solidariamente* responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos. Há, portanto, evidente solidariedade entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviço por ela credenciados, como é o caso dos hospitais.

Portanto, diante da falta de leitos e eventual inércia da operadora, sendo o paciente acometido por dano, a responsabilidade é solidária entre ela e o hospital privado credenciado, podendo qualquer um ser demandado judicialmente, nos termos dos artigos 25, §1º e 34, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

3. A falta de vagas hospitalares no sistema público de saúde: omissão estatal e a responsabilidade civil

Apesar da saúde (artigo 6º, CFRB) e de seu acesso universal (artigo 196, CRFB) serem previstos como garantias fundamentais, em paralelo à eficiência administrativa, o

sistema de saúde público brasileiro se encontra sucateado. É cenário que adquire proporções ainda maiores frente à pandemia de COVID-19, que importou em um largo aumento de demanda e contribuiu para uma superlotação que já era preocupante. Tornou-se ainda mais latente a ausência de efetividade estatal aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico (GABARDO; HACHEM, 2014, p. 4).

Com vistas a não desamparar o cidadão, nos casos de urgência de falta de vagas na saúde pública, permite-se que recorra à rede privada, de modo que deve o Estado custear as eventuais despesas. Tanto é assim, que o Tribunal de Justiça de Pernambuco sumulou entendimento (súmula nº 51) de que é dever do Estado e do Município, com cooperação técnica e financeira da União, garantir atendimento à saúde da população, "inclusive disponibilizando leitos de UTI na rede privada, quando não suprida a demanda em hospitais públicos".

Assim, tendo o sujeito recorrido à rede privada, recebido tratamento médico adequado e sido ressarcido/custeadado pelo ente federativo, não há o que se falar em responsabilidade civil. Afinal, cumprido tal dever, não se vislumbra falha no serviço e lesão à bem jurídico.

A Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/90) também prevê a possibilidade da Administração Pública recorrer à bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, sendo-lhes assegurada justa indenização, ex. art. 15, XIII.

Do mesmo modo, estabelece a Lei 13.979/20 que, frente à emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, as autoridades podem requerer "bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa", ex. art. 3º, VII.

Todavia, em meio à pandemia de COVID-19, não há vagas sequer em hospitais privados, assim como se sabe que, em grande parte dos casos, o ente federativo permanece inerte, sendo o paciente acometido por dano. Adentra-se, assim, ao campo da responsabilidade civil, cuja compreensão depende da análise da natureza da relação "hospital público-paciente".

O vínculo estabelecido entre o hospital público e o paciente não se amolda à relação de consumo, uma vez que é serviço prestado diretamente pelo Estado e custeado por receitas tributárias (CHAVES, PEIXOTO, ROSENVALD, 2018, pp. 820/821). Assim, a responsabilidade civil deve ser analisada à luz do art. 37, §6º da Constituição da República, que estabelece a regra geral de responsabilidade civil objetiva do Estado.

A União, Estados-membros e Municípios respondem, portanto, independentemente da comprovação de dolo ou culpa, aplicando-se as balizas da Teoria do Risco

Administrativo. Logo, havendo danos decorrentes da insuficiência de leitos em hospital conveniado ao Sistema único de Saúde, o dever de reparar recai sobre os entes federativos.

É possível, inclusive, se falar em solidariedade entre os entes federativos no campo da saúde, podendo o polo passivo ser composto por qualquer um deles, de maneira conjunta ou isolada (STF, RE nº 855178, Relator: Min. Luis Fux, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: 16/03/2015).

Pari passu, ao prever a responsabilidade objetiva do Estado, o artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, não realiza qualquer distinção quanto aos atos comissivos e omissivos. Todavia, é unânime que é regra aplicada apenas quanto aos atos comissivos (OLMEDO, 2011, p. 118). Discute-se, portanto, acerca da possibilidade de responsabilidade subjetiva dos entes federativos decorrente de conduta omissiva, caso em que o dano é fruto de serviço público que “não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente” (MELLO, 2011, p. 1021). É tipicamente o caso do déficit de vagas e leitos hospitalares nos sistemas públicos de saúde.

Parcela da literatura jurídica, como Hely Lopes Meirelles (1997, p. 567), sustenta que o art. 37, §6º, englobaria tanto condutas omissivas, quanto comissivas, uma vez que não realiza qualquer distinção; logo, a responsabilidade civil do Estado seria, em todas as hipóteses, de natureza objetiva. Não é, contudo, esta a vertente majoritária.

De maneira geral, compreende-se pela responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de conduta omissiva. Duas são as posições preponderantes no interior desta vertente: a de Celso Antônio Bandeira de Mello e a de Sérgio Cavalieri Filho, os quais, apesar de compartilharem de mesmo polo ideológico, levantam aspectos distintos a serem observados.

Mello concebe que a responsabilidade civil subjetiva do Estado por omissão se daria nos casos em que é inerte frente a seu dever de agir, *i.e.*, quando omisso diante de seu dever de impedir o dano. O mesmo se aplica à atuação insuficiente, havendo falta do serviço e conseqüente obrigação do Estado em indenizar pelos danos oriundos do mau funcionamento (OLMEDO, 2011, p. 125). Sob a ótica de Mello, a omissão não é causadora do dano, mas propicia circunstâncias para sua ocorrência.

Assim, uma vez que é dever (de agir) da Administração garantir saúde universal e de qualidade, a falta de vagas em hospitais públicos deveria ser compreendida como fruto da omissão estatal, de modo a representar violação aos art. 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil. Logo, sendo sua responsabilidade subjetiva, recai sobre a vítima o ônus de comprovar a culpa estatal. Nesse sentido, leciona o autor (MELLO, 2011, pp. 1021/1022):

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentindo responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. [...] Comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.”

Em contrapartida, Sergio Cavalieri Filho entende que a responsabilidade do Estado por omissão é aferida subjetivamente apenas nas hipóteses em que configurada omissão genérica.

A omissão genérica compreende as hipóteses em que não há como exigir do Estado uma atuação específica, como no caso em que um indivíduo mergulha em lugar perigoso e fica paraplégico, alegando negligência na segurança de balneário público (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268). Já na omissão específica, o Estado figura como garante, de modo que sua omissão cria situação próspera ao evento danoso. Isto é, pressupõe-se um dever estatal de agir para evitar ou impedir o resultado lesivo. Assim, leciona o autor (2012, p. 231):

“Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.”

Portanto, de acordo com Cavalieri, cuja posição parece ser a majoritária, a responsabilidade civil do Estado apenas seria subjetiva em caso de omissão genérica, em que não possui o dever específico de impedir e evitar o resultado danoso. Em hipóteses diversas (omissão específica e atos comissivos) a responsabilização do ente federativo seria objetiva. Logo, considerando a falta de vagas em hospitais públicos como omissão específica, infere-se pela responsabilidade objetiva do Estado por danos provenientes desta falha.

A responsabilidade civil da Administração, contudo, comporta excludentes; afinal, o art. 37, §6º da Constituição da República fundamenta-se na Teoria do Risco Administrativo. Três são as hipóteses que afastam seu dever de reparar: a) fato de terceiro, b) culpa exclusiva da vítima, e c) caso fortuito ou de força maior, podendo esta última, eventualmente, ser invocada diante da pandemia de COVID-19. Não se pode esquecer, no entanto, da possibilidade do sujeito recorrer ao sistema privado de saúde nos casos de urgência e em que se tenha falha no serviço público, caso em que o Estado tem o dever de custear as despesas, nos termos do artigo 15, inciso XIII da Lei nº 8.080/90, e do artigo 3º, inciso VII, da Lei 13.979/20.

4. Conclusão

Considerando que a relação entre hospital privado e paciente é relação de consumo, amoldando-se o nosocômio ao conceito de fornecedor de serviço do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, responde objetivamente pelos danos decorrentes de defeito no serviço prestado, como a falta de leitos hospitalares, ex. art. 14. De maneira solidária, conforme artigo 25, §1º, e artigo 34, ambos da legislação consumerista, também respondem as operadoras de planos de saúde em relação aos hospitais credenciados.

Afinal, além do credenciamento representar atestado e comprometimento com a qualidade do serviço prestado, têm as operadoras, no caso de falta de leitos, o dever de providenciar vagas em hospitais credenciados ou não, bem como de fornecer acomodação superior no caso de ausência de leitos, por força do art. 33 da Lei nº 9.656/98 e do artigo 4º da Resolução Normativa nº 259 da Agência Nacional da Saúde.

No âmbito público, a responsabilidade civil em decorrência de danos oriundos da falta de vagas hospitalares se desdobra de maneira diversa, sendo atribuída aos entes federativos, ex. artigo 27, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil. No entanto, a natureza desta responsabilidade é subjetiva nos casos de omissão genérica (ausência de dever de agir), e objetiva quando houver omissão específica. De sorte que, sendo a falta de leitos considerada omissão específica, em que o Estado figura como garante, parece que sua responsabilidade civil será puramente de ordem objetiva, sendo prescindível a apuração de culpa na conduta estatal.

5. Referências Bibliográficas

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

- CAVALCANTE, Christiane. *A responsabilidade civil dos hospitais privados*. Tese de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Prof. Dra. Patrícia Miranda Pizzol. São Paulo, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa*. Paraná, 2014.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- OLMEDO, Joice Michele. A responsabilidade civil do Estado por omissão. In: *Revista JurisFIB*. v. 2. São Paulo, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de Direito Civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Apontamentos sobre a responsabilidade civil: o dano, os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, e o entendimento dos Tribunais acerca de danos nas relações familiares

Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques

Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica (UFES/PIIC/Fapes) e dos Grupos de Pesquisa “Desafios do Processo” e “Medicina Defensiva”. Bolsista de Projetos de apoio ao Ensino, Pesquisa e Extensão – Monitoria (PAEPE I – UFES). E-mail: felipe.tres@hotmail.com.

Tiago Loss Ferreira

Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica (UFES/PIIC/CNPq) e dos Grupos de Pesquisa “Desafios do Processo” e “Medicina Defensiva”. Bolsista de Projetos de apoio ao Ensino, Pesquisa e Extensão – Monitoria (PAEPE I – UFES). E-mail: tiago.loss@hotmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O dano e o prejuízo. 3. Os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. 4. Exemplos de danos extrapatrimoniais: dano por rompimento de noivado, abandono afetivo do filho, *wrongful birth* e *wrongful life*. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Todas as pessoas possuem o direito a proteção do patrimônio, seja na perspectiva econômica (bens avaliáveis em pecúnia) ou o humanística (traços da natureza humana). Para garantir essa tutela, existe o dever genérico de abstenção em face desse direito de incolumidade patrimonial alheio. Em outras palavras, as pessoas devem se portar em respeito ao conjunto de bens e direitos de outrem, pois, caso contrário, cometem danos passíveis de indenização.

A discussão se refere à conceituação e à incidência dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais que dão conteúdo aos danos e delimitam os valores indenizatórios no ordenamento jurídico brasileiro.

Metodologicamente, adotou-se a revisão da literatura jurídica para aprofundamento teórico dos conceitos e teorias civilistas, concluindo pela essencialidade que o prejuízo

tem para o dano. Além disso, foram analisados julgados para identificação quotidiana dos institutos, mais especificamente quanto aos danos acontecidos no contexto das relações familiares. O método utilizado foi o indutivo, buscando estabelecer uma referência geral, partindo de referências singulares para a elaboração de uma conclusão de cunho genérico.

2. O dano e o prejuízo.

O patrimônio humanístico-econômico da pessoa, qual seja, seu conjunto de bens e direitos juridicamente relevantes, é protegido pelo dever genérico de abstenção em face de outrem. Isso significa que todos os indivíduos têm o dever de respeitar o patrimônio alheio, pois caso não respeitem, cometem danos e são obrigados a indenizá-los. Adentrando essa análise, explica Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 14) que:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.

O autor sustenta a existência entre as pessoas de um equilíbrio jurídico (situação de normalidade patrimonial, *status quo*) que é quebrado pela conduta danosa, assim, surge o direito da vítima a ser indenizada por essa violação. Nesse contexto se identifica a importância do estudo dano no ordenamento jurídico brasileiro, pois é esse instituto que irá determinar o valor de indenização devido à pessoa lesada.

O dano é o prejuízo decorrente de uma lesão a um bem jurídico. Essa é a definição elementar de Fernando Noronha (2007, p. 555) para introduzir o estudo do dano. Gilberto Fachetti Silvestre (2018, p. 231) analisa essa definição em partes e da seguinte maneira:

- *Prejuízo*: é a redução do valor que atinge o titular do direito, diminuindo o seu patrimônio econômico por meio de perda em valor pecuniário (as perdas e danos ou dano material ou patrimonial), e/ou afetando o seu patrimônio humanístico a partir de ofensa às suas potencialidades e direitos decorrentes de sua natureza humana (dano moral ou extrapatrimonial);
- *Lesão*: é o descumprimento de dever de abstenção em face do direito de incolumidade de outrem; e

- *Bens jurídicos*: são tanto as coisas corpóreas e incorpóreas que cercam a vida dos indivíduos em sociedade, quanto as qualidades inerentes à natureza de todo ser humano (direitos da personalidade).

Nesse contexto, conclui-se que a ideia essencial do dano é a lesão a um bem jurídico com a redução de seu valor (SILVESTRE, 2018, p. 231).

O agente que pratica uma conduta lesiva viola um ou mais bens jurídicos de alguém. Com isso, viola uma situação juridicamente protegida, qual seja, o direito à incolumidade patrimonial (de caráter econômico ou humanístico) do lesado (NERY; NERY JR., 2017, pp. 259-261), praticando um fato em desacordo com o ordenamento jurídico; logo, um fato antijurídico. A evidência do dano se dá com a constatação de que esse fato antijurídico gerou prejuízo ao titular de direitos.

Segundo Fernando Noronha (2007, p. 555), o prejuízo – que justamente equivale àquilo que deverá ser indenizado – consiste na redução daqueles valores socialmente predominantes identificados por Immanuel Kant, quais seja, o preço (das coisas) e a dignidade (das pessoas).

Todos os apequenamentos patrimoniais – *rectius*: prejuízos – experimentados pela vítima, seja em sua titularidade real-material (bens avaliáveis) ou em sua titularidade humana-moral (sofrimento, desrespeito, entre outros), possuem seu preço (NERY; NERY JR., 2015, p. 432), isto é, sua repercussão na esfera patrimonial do titular do direito lesado.

Fernando Noronha (2007, pp. 557-558) classifica os danos separando-os em danos à pessoa e danos à coisa:

Fala-se em danos pessoais, ou à pessoa, quando são afetados valores ligados à própria pessoa do lesado, nos aspectos físico, psíquico ou moral, mesmo quando não seja caracterizável um direito de personalidade. Fala-se em danos a coisas, ou danos materiais, quando se atingem objetos do mundo externo (objetos materiais ou coisas incorpóreas). [...] A distinção entre danos à pessoa e a coisas deve ser considerada a mais importante classificação dos danos, porque nos mostra todos os prejuízos que são suscetíveis de gerar responsabilidade civil.

Nessa classificação interessa a esfera jurídica que a lesão atinge e não o fato antijurídico em si. Por isso é que uma só conduta pode violar dois ou mais bens jurídicos, causando prejuízos à pessoa no âmbito de seus direitos da personalidade ou no âmbito dos seus direitos sobre as coisas. Exemplo disso é um acidente automobilístico do qual decorrem ferimentos nas vítimas (danos às pessoas) em concomitância com a destruição dos veículos (danos às coisas).

Percebe-se, também, que não há uma ligação perfeita entre as categorias de dano patrimonial ou extrapatrimonial e de dano a coisas ou a pessoas. É que de uma lesão à coisa resulta sempre uma redução de valores patrimoniais (diminuição do preço do objeto), mas pode ser que, também, seja causado um prejuízo moral aos proprietários do bem com a sua destruição. Por outro lado, uma desrespeitosa ofensa pública a um comerciante provoca dano à pessoa (lesão à honra) e tende a ter reflexos patrimoniais (diminuição de seu fundo de comércio).

Uma situação de clara visualização, é um incêndio culposo em um imóvel residencial (dano à coisa) que produza a perda de valor de diversos móveis (danos patrimoniais), assim como o sofrimento pela perda, por exemplo, de um álbum de fotografias familiares de valor sentimental aos lesados (danos extrapatrimoniais).

O dano à coisa que provoca um prejuízo a traços da natureza humana é reconhecido pelas expressões “preço de afeição” (NORONHA, 2007, pp. 570-571) e “valor de afeição” (AZEVEDO, 2004, pp. 27-28), em razão da importância sentimental que objetos podem ter para seus proprietários ou possuidores. Com esse reconhecimento jurídico, garante-se a sua tutela compensatória não pelo valor monetário diminuído da coisa, mas pelo sofrimento do indivíduo que a perdeu.

Dessa maneira, lesões a objetos normalmente provocam danos de natureza patrimonial, ao passo que as lesões à pessoa se associam a danos extrapatrimoniais. Porém, os danos a coisas podem ter reflexos extrapatrimoniais, enquanto que os danos pessoais com frequência terão também reflexos patrimoniais (NORONHA, 2007, p. 571).

3. Os prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais.

O prejuízo é parte essencial do dano, pois corresponde à consequência imediata da lesão que faz este surgir. Percebe-se isso na conceituação de dano de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 77) que o define como “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade *etc.*”.

Essa diminuição de um bem jurídico é o prejuízo suportado pela vítima que lhe confere o direito de indenização. A depender da conduta antijurídica praticada surgem danos patrimoniais, danos extrapatrimoniais ou ambos (Súmula nº. 37 do Superior Tribunal de Justiça: São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”).

O dano material ou patrimonial (perdas e danos) surge nas situações em que o prejuízo promove perda de valor econômico ao titular de direitos, podendo atingir não somente

o patrimônio presente da vítima com a sua redução de valor, como também o futuro com o impedimento de crescimento (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78).

Blaise Carron e Yann Férolles (2013, pp. 75-76) expõem as modalidades de dano patrimonial com base na literatura jurídica francesa:

En se fondant sur les composants du dommage, on oppose la perte éprouvée (1º) au gain manqué (2º): 1º La perte éprouvée ("damnum emergens"; parfois appelée dommage positif) consiste dans la diminution de la fortune nette due soit à une diminution de l'actif (p.ex. la moins-value de la chose endommagée), soit à une augmentation du passif (p.ex. les frais de réparation de la chose endommagée) [...] 2º Le gain manqué ("lucrum cessans") consiste dans la nonaugmentation de la fortune nette due soit à une non-augmentation de l'actif, soit à une non-diminution du passif (p.ex. l'interruption de la production dans une entreprise en raison d'une machine défectueuse).

Essa classificação foi adotada no Direito brasileiro, dividindo o dano patrimonial em dano emergente (*damnum emergens*), quando evidenciada a efetiva diminuição patrimonial do agente, e lucros cessantes (*lucrum cessans*), quando se frustra o recebimento de um acréscimo patrimonial normalmente esperado. Francisco Vieira Lima Neto (2006, pp. 244-245) explica:

No primeiro tipo de prejuízo, o agente é obrigado a indenizar a vítima na exata medida da diminuição que o seu ato ilícito provocou no patrimônio dela; o *quantum* da pena, portanto, é o valor da redução ocorrida no conjunto de bens do lesado. No segundo, apenas aquilo que a vítima *razoavelmente* deixou de lucrar. [...] A prova da ocorrência do dano e de seu quantum cabe à vítima, que também deverá comprovar que ocorreu ação ou omissão, que o agente a praticou, que a ação foi culposa e que há relação de causa e efeito entre aquela ação e o prejuízo sofrido.

Exemplificando sua ocorrência atentando-se às repercussões civis, imagina-se um acidente automobilístico, sem lesões físicas aos condutores, em que um motorista embriagado realizou uma ultrapassagem em alta velocidade em local proibido (conduta culposa) e colidiu de frente com o único veículo particular de um motorista de aplicativo (lesão) que era usado para seu trabalho diário, cuja conclusão do conserto levou 2 meses. Nessa situação, identifica-se o dano patrimonial sofrido pelo motorista de aplicativo nas modalidades: 1) dano emergente, correspondente ao valor desembolsado para o conserto do veículo; e 2) lucros cessantes, correspondente às perdas patrimoniais futuras que o motorista sofreu ao deixar de lucrar com seu trabalho

por conta do tempo em que o veículo estava sendo reparado. Caso o lesador se negue a arcar com os prejuízos, surge o conflito de interesses, cabendo à vítima requerer e comprovar judicialmente os valores desembolsados (dano) com o conserto do veículo e o valor médio que provavelmente (razoabilidade) ganharia com seu trabalho no período em que ficou impossibilitado de exercer sua profissão, para receber as indenizações devidas.

De outro lado, ocorre o dano moral ou extrapatrimonial quando o prejuízo é direcionado ao corpo, à alma, às potências ou aos atos da natureza humana (NERY; NERY JR., 2017, p. 16), ou seja, quando se atinge os aspectos psicossomáticos, espirituais/morais, ou intelectuais de qualquer pessoa. Francisco Vieira Lima Neto (2006, pp. 245-246) pontua que o dano moral é aquele decorrente do ato que lesa gravemente a dignidade da pessoa humana, ofendendo um direito da personalidade. Estes direitos, conforme explicam Gilberto Fachetti Silvestre, Alcides Caetano Silva e Flavio Britto Schneider (2017) são "inerentes à condição de ser humano, ou seja, toda pessoa tem, independentemente de condição social, política, econômica. Trata-se de proteção a valores fundamentais, tais como o nome, a imagem, a integridade física, entre outros, que não poderão ser violados, sob pena de causar um dano extrapatrimonial perfeitamente passível de reparação".

Há um amplo conjunto de bens protegidos pelo dano moral, conforme reconhece Massimo Franzoni (2010, p. 586) "*molti illeciti produttivi di danni morali possono riguardare solo la persona fisica: così è, ad esempio, per le lesioni all'integrità psico-fisica, alla libertà individuale, alla libertà sessuale. Senonché l'area del danno morale è ben più ampia, abbraccia anche l'onore, la reputazione, l'immagine, il nome*".

A incidência do dano extrapatrimonial não está condicionada à comprovação de dor ou de sofrimento da vítima, todavia, a ofensa constatada deve ser grave, superando o aborrecimento diário da vida em sociedade (SILVESTRE; SILVA; SCHNEIDER, 2017; CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93).

O prejuízo extrapatrimonial é uma perda direcionada ao patrimônio humanístico do lesado que lhe reduz o tratamento digno que deveria receber, assim, surge a pretensão de indenização por via de tutela compensatória. Objetiva-se atenuar as dificuldades e o sofrimento provocado pelo ofensor, tendo em vista não ser possível o pleno retorno ao *status quo ante*.

Exemplificando a incidência do dano moral, Silvio Venosa (2013, p. 312) explica:

Indeniza-se pela dor da morte de alguém querido, mas indeniza-se também quando a dignidade do ser humano é aviltada com incômodos anormais na vida em sociedade. Assim, exemplifica-se, é incômodo perfeitamente tolerável aguardar alguns minutos em uma fila para obter um serviço público

ou privado; é incômodo intolerável e atenta contra a dignidade da pessoa ficar numa fila mais de 24 horas para se obter vaga para o filho em escola pública ou para ser atendido pelo sistema oficial de saúde, como noticiam com frequência os órgãos da imprensa. Em cada caso específico, cumpre ao intérprete que dê a correta resposta a incômodos anormais que atentem contra a personalidade como privacidade, valores éticos, religião, vida social. A ilicitude não reside apenas na violação de uma norma ou do ordenamento em geral, mas principalmente na ofensa ao direito de outrem, em desacordo com a regra geral pela qual ninguém deve prejudicar o próximo (*neminem laedere*).

O dano estético é um desdobramento do dano extrapatrimonial conceituado como a lesão à integridade física da pessoa que lhe gera uma duradoura transformação corporal (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 480). A degradação física sofrida pela vítima não precisa ser irreversível, mas é qualificada pela permanência da alteração corporal na pessoa, pois o valor indenizatório é majorado pela intensidade da lesão. Além disso, o resultado físico da lesão deve ser expressivo para que haja interesse jurídico na sua compensação, portanto de sua incidência são excluídas cicatrizes ínfimas e hematomas passageiros.

Quando essas lesões são levadas à apreciação judicial para a qualificação e quantificação de dano estético, são descabidos julgamentos discricionários que remetem ao prejuízo visual (belo ou feio) decorrente da lesão, pelo motivo de ser essa análise arbitrária e tendenciosa a remeter novamente o lesado a uma situação depreciativa. O que deve ser analisado é se a lesão à integridade física da pessoa se deu por conduta lesiva de outrem e se o resultado é expressivo.

Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 114) conclui que o “dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física”. Apesar da posição de destaque do autor na literatura jurídica, o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua Súmula nº. 387 “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, com isso, para que haja apreciação judicial e arbitramento de valor indenizatório correspondente dano estético, o seu pedido deve ser feito de forma expressa e ser comprovado por perícia médica.

No Direito italiano, por outro lado, a cumulação de dano moral com dano estético (*danno biologico*) vem sendo afastada pelo entendimento de que o sofrimento da vítima que provocaria a incidência do dano moral encontra-se incluído na indenização por dano estético. É assim a lição de Marco Bona (2010, pp. 43-44):

il danno biologico, dopo che per oltre venti anni ha viaggiato separatamente dal danno morale (ciò anche con il reiterato e convinto avvallo della Corte Costituzionale), possa ora, da un giorno all'altro, fagocitare quest'ultimo va rinvenuto nella seguente succinta "motivazione": "ogni sofferenza" ("fisica o psichica") è, "per sua natura", "componente" del "danno biologico", cosicchè, atteso che occorre scongiurare "duplicazioni risarcitorie", non si potrebbe dare luogo ad una liquidazione autonoma del danno morale, podendo (e dovendo) il giudice "pervenire al ristoro del danno nella sua interezza", considerando "le sofferenze fisiche e psichiche" in sede di personalizzazione del danno biologico.

4. Exemplos de danos extrapatrimoniais: dano por rompimento de noivado, abandono afetivo do filho, *wrongful birth* e *wrongful life*

É possível prever a ocorrência de diversas situações lesivas nas relações humanas na sociedade de risco. Essas previsões possuem importância na adoção de atitudes preventivas e na análise do tratamento jurídico a ser empregado. Esta pesquisa sistematizou algumas dessas lesões à pessoa, conceituando-as e observando o tratamento conferido pela literatura jurídica e pelos Tribunais, para demonstrar que a compensação por suas ocorrências deve ser pautada sob título de danos morais, inexistindo a necessidade de criação de figuras autônomas de dano.

O "dano" por rompimento de noivado ocorre em situações de evidente abuso de direito na manifestação pelo desfazimento da promessa de casamento, pois, via de regra, o término unilateral do noivado não é ato lesivo, mas manifestação legítima da vontade da pessoa (TARTUCE, 2017). Essa ilicitude é verificada quando há violência ou submissões da vítima a situações específicas, sejam vexatórias, como o abandono no altar, ou desonrosas, tal quando ocorre o término de relacionamento poucos dias antes da cerimônia de casamento sem justificativa plausível, ou até mesmo quando o término é sucedido de ofensas públicas e exposição da intimidade da vítima.

Reconhecendo o dano moral quando presente abuso de direito no rompimento de noivado: TJ-ES, Ap. Cível nº. 50050030407, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Simões Fonseca, julgado em 03/05/2011; TJ-SP, Ap. Cível nº. 0022516-83.2007.8.26.0320, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques, julgado em 29/05/2013; TJ-SP, Ap. Cível nº. 9001024-95.2010.8.26.0506, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, julgado em 19/04/2012; e TJ-RJ, Ap. Cível nº. 0000813-45.2010.8.19.0075, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira, julgado em 20/10/2011.

Por sua vez, a conduta de abandono afetivo de um filho corresponde ao ato de um genitor se omitir a prestar assistência psicológica e econômica devida à sua prole, descumprimento seus deveres familiares em níveis razoáveis, assim constituindo um ato ilícito. O cumprimento desses deveres é essencial à tutela da prole,

independentemente de a conduta do genitor ser identificada com sentimento subjetivo de amor e afeto (LAURENTIZ, 2014).

Não é todo distanciamento relacional entre familiares que enseja a reponsabilidade civil familiar. Nesse sentido Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral (2018) ressalta que:

Não é o abandono afetivo que deve gerar o dever de reparação, mas sim o descumprimento de deveres jurídicos decorrentes do poder familiar, cuja origem pode estar na ausência de afeto. O que não podemos perder de vista, todavia, é a juridicidade necessária à afirmação da responsabilidade civil. Um pai que não sente amor por seu filho – por mais lamentável que isso possa ser –, mas que cumpre de forma plena os deveres legais atrelados ao poder familiar, não deve ser condenado em ação de reparação de danos, salvo se foi autor de condutas que, animadas pela inexistência de amor, implicaram efetiva infringência a direito dos filhos, gerando dano, ainda que de natureza exclusivamente moral.

Por isso, faz-se necessário extrair do conjunto probatório disponível que a ausência de assistência e participação familiar foi capaz de violar deveres jurídicos de livre desenvolvimento da personalidade da prole, para que uma situação de abandono afetivo de filho possa fundamentar uma condenação por dano moral.

Reconhecendo o dano moral em casos de abandono afetivo do filho: STJ, REsp. nº. 1159242/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012; STJ, REsp. nº. 1087561/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 13/06/2017; e TJ-SP, Ap. Cível 0006195-03.2014.8.26.0360, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J.B. Paula Lima, julgado em 09/08/2016.

O *wrongful birth* para Luís Guimarães Pinto (2014) é a lesão à escolha informada dos pais em interromper uma gestação em razão da conduta do médico que não informa aos genitores de eventuais problemas no desenvolvimento do feto. Essa definição de "dano" não encontra fundamento no direito brasileiro pela proibição ao aborto, salvo suas exceções (feto anencéfalo, gravidez proveniente de estupro ou que imponha risco à saúde da gestante).

Ana Luiza Boulos Ribeiro (2015, p. 112) explica que essa lesão engloba "as situações em que os pais pedem indenização por danos próprios, sejam patrimoniais ou morais, resultantes do nascimento de um filho não desejado, ocorrido por esterilizações ou interrupções de gravidez malsucedidas, ou por falta de informações médicas sobre anomalias da criança, interferindo, num ou noutro caso, no poder de planejamento familiar dos pais".

O *wrongful life* é a lesão que prejudica o desenvolvimento biológico do nascituro provocando lesões corporais permanentes, por culpa dos genitores não terem seguido as orientações médicas adequadas ou por negligente acompanhamento médico durante a gestação, fazendo com que a pessoa (nascituro) viva uma “vida indesejada”.

Sua aplicação se refere às “(i) ação intentada pelo filho contra os pais, por não terem observado aconselhamentos médicos, entre outras hipóteses; e (ii) ação intentada pela pessoa nascida contra os médicos por estes não terem fornecido aos pais as informações necessárias sobre a gravidez e que os teriam levado a interrompê-la, evitado, assim, o nascimento” (RIBEIRO, 2015, p. 107).

5. Conclusão.

A pesquisa partiu de análise da literatura jurídica para conceituar o dano e seus prejuízos e demonstrar sua aplicação operacional.

Revelou-se que o dano é a lesão a um bem jurídico com a redução de seu valor. Essa redução, por sua vez, é o prejuízo suportado pela vítima de forma aferível econômica (dano patrimonial) e/ou violadora de seus atributos próprios de sua natureza humana (dano extrapatrimonial). Também, percebeu-se que uma conduta é capaz de promover tanto danos patrimoniais, quanto extrapatrimoniais.

Com isso, verificou-se a aplicação prática desses institutos jurídicos a partir da análise de hipóteses triviais e julgamentos no Superior Tribunal de Justiça e em Tribunais de Justiça, em que foram identificados danos - por rompimento de noivado, abandono afetivo do filho, *wrongful birth* e *wrongful life*, que em última análise representam fatores para majoração da compensação por dano moral e não danos autônomos.

O conhecimento teórico e operacional do dano e seus prejuízos coopera para uma atuação em sociedade respeitosa ao patrimônio alheio e, portanto, preventiva a lesões indenizáveis.

6. Referências bibliográficas.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. Reflexões sobre responsabilidade civil e abandono afetivo. *Revista dos Tribunais*, v. 997, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONA, Marco. Le plurime ragioni della distinzione fra danno morale e danno biologico nella prospettiva del danno non patrimoniale unitario. In: Fabio Buzzi, Marcello Valdinì (Org.). *Medicina legale e sofferenza fisica e morale: dopo le sezioni unite civili del novembre 2008*. Milano: Giuffrè, 2010.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARRON, Blaise; FÉROLLES, Yann. Le dommage consécutif au défaut. In: Franz Werro, Pascal Pichonnaz (Org.). *Le dommage dans tous ses états: sans le dommage corporel ni le tort moral*. Wöflistrasse: Stämpfli Editions. 2013. pp. 71-150.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CEZAR FERREIRA, Fabíola da Motta. Os fenômenos do bullying e do stalking à luz do instituto da responsabilidade civil. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 3, 2015.

FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile: il danno risarcibile*, 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2010.

LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, v. 2, 2014.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana: crítica à luz do novo Código Civil. In: Lucas Abreu Barroso. (Org.). *Introdução crítica ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 235-268.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. *Revista de Direito Privado*, v. 57, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de direito civil: direitos da personalidade (direito de humanidade)*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 28, 2006.

PINTO, Luís Filipe Guimarães. Ações wrongful birth e wrongful life: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil. *Revista de Direito Lusíada*, v. 12, 2014.

RIBEIRO, Ana Luiza Boulos. *O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Alamedina, 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani. O papel do Google na eficácia do direito ao esquecimento? Análise comparativa entre Brasil e Europa. *Revista de Direito Privado*, v. 70, 2016.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; SILVA, Alcides Caetano; SCHNEIDER, Flavio Britto Azevedo. Critérios de fixação do quantum compensatório do dano moral. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 2, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil por quebra de promessa de noivado*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/503532763/responsabilidade-civil-por-quebra-de-promessa-de-noivado>>. Acesso em: 28/3/2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como direito fundamental da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, v. 17, 2004.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do right of privacy nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 3, 2015.

O terceiro de boa-fé diante do cancelamento do título de propriedade no direito brasileiro

Lucas Abreu Barroso

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Privado na Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. E-mail: barroso_la@terra.com.br

Karoline Tavares Vitali

Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Advogada. E-mail: karoline.vitali@gmail.com

Brigida Roldi Passamani

Mestra em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. E-mail: brigidapassamani@gmail.com

1 Notas introdutórias sobre o modelo registral brasileiro

A aquisição da propriedade imobiliária, por força do que dispõem os artigos 1.227 e 1.245 do Código Civil de 2002 (CC), opera-se (ressalvados os casos expressos em lei) mediante o registro do instrumento translativo no Cartório de Registro de Imóveis, de forma que, enquanto não realizado, o alienante permanecerá como titular do imóvel.

Desse arranjo legislativo infere-se que o registro imobiliário, quanto à titularidade, possui natureza constitutiva, estando a sua eficácia garantida desde o momento em que se apresentar o título ao oficial registrador e este o prenotar no protocolo (artigo 1.246 do CC), sendo considerada a ordem cronológica para a titularidade, de modo que o mencionado efeito constitutivo retroagirá à data da prenotação¹.

¹ A prenotação, porta de entrada do título no Cartório de Registro de Imóveis, segue documentada no “Livro nº 1 - Protocolo”, nos termos dos artigos 173, 174 e 175 da Lei n.º 6.015/1973, a qual regulamenta todo o

A sistemática brasileira² exige duplo requisito para o título de propriedade, a saber, a *apresentação* do instrumento de transmissão ou ônus, que se perfaz no próprio termo negocial ou obrigacional, subjacente à titularidade (artigo 193 da Lei nº 6.015/1973), e o *procedimento*, pelo qual se promove, propriamente, a inscrição no álbum imobiliário (artigo 182 e seguintes da Lei nº 6.015/1973)³⁻⁴.

Não tendo o registro caráter absoluto, e justamente por sua configuração “dual”, é concebível que o desfazimento da titularidade, por meio da invalidação do registro e seu respectivo cancelamento, advenha de duas ordens distintas, sendo a primeira relacionada à própria nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico que lhe deu causa, ou referindo-se total ou parcialmente a qualquer dos atos do registro.

Não se pode olvidar que o tipo de “vício” ao qual está submetido o registro ou o negócio jurídico subjacente poderá levar a soluções diversas do cancelamento, como é o caso da retificação (nos termos do artigo 213 da Lei nº 6.015/1973), ou agravar-lhe, exigindo pronunciamento jurisdicional.

De qualquer forma, em todas essas situações, mas, em especial, nos casos em que se efetiva o cancelamento, seja ele realizado na própria serventia cartorária, ou por comando

trâmite registral no âmbito das serventias cartorárias extrajudiciais. Cf. SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 926-927.

² “O registro imobiliário foi denominado como forma de aquisição de propriedade pelo Código Civil de 1916, cujo sistema registrário foi regulamentado pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), com modificações das Leis nº 6.140/1974 e 6.216/1975, tendo sido recepcionado pelo Código Civil de 2002, onde a sistemática adotada, em parte, é a mesma do sistema imobiliário alemão”, Cf. REMEDIO, Antonio; AGUIAR, Marcos Vinícius Pacheco. A Lei n.º 13.097/2015 e a efetivação do princípio da concentração no registro de imóveis. *Revista Direito & Paz*, n. 37, p. 4-25, 2017. p. 9.

³ Foi apenas com a Lei nº 1.237/1864, regulamentada pelo Decreto nº 3.453/1865, que se instituiu, efetivamente, no Brasil, uma normatização voltada exclusivamente à regulamentação do sistema imobiliário. Ao se transformar o Registro de Imóveis (pela conversão do Registro de Hipotecas) em Registro Geral, foi alterado o próprio modo de aquisição do bem imobiliário, deixando de acompanhar a simples tradição da coisa para a necessidade de transcrição das aquisições no, então, Registro Geral. *Vide* REZENDE, Raquel Vieira Abrão. A sistemática registral imobiliária sob a perspectiva do princípio da publicidade registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 81, p. 101-132, jul./dez. 2016.

⁴ O processo de registro imobiliário vem sendo informatizado no Brasil. Desde a promulgação da Lei nº 11.977/2009, observa-se, a partir do seu artigo 37, a “implantação do sistema de registro eletrônico no país, bem como da disponibilização de serviços de recepção de títulos e fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico” (MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 125-142, jan./jun. 2016. p. 131. Confira-se, igualmente, ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. Registro de imóveis eletrônico e governança fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 81, p. 215-233, jul./dez. 2016. p. 226- 227.)

sentencial, é possível que se confronte, de um lado, a figura daquele que se diz legítimo proprietário, e, de outro, o terceiro que assume posição *a posteriori* e cuja proteção não pode ser ignorada pela importância de sua confiança na estabilidade do tráfico negocial⁵.

2 A Lei nº 13.097/2015 e os enunciados normativos que disciplinam a posição jurídica do terceiro de boa-fé

Existe no ordenamento brasileiro uma pluralidade de enunciados normativos que disciplinam a posição jurídica do terceiro de boa-fé, entre as quais se destacam: a) os artigos 1.245, 1.246 e 1.247, e seus respectivos parágrafos, do CC; b) os artigos 172 e 214, parágrafo 5º, da Lei nº 6.015/1973; c) o artigo 54 da Lei nº 13.097/2015. Entretanto, por terem sido editados em momentos muito distintos da história jurídica nacional, eles acabam por não guardar conformidade entre si – ao menos à primeira vista.

Antes de prosseguir, é preciso situar o tema proposto. Quando se fala nos modos derivados de aquisição da propriedade imobiliária numa cadeia de sucessão por atos *inter vivos*, ou mesmo *causa mortis*, sempre é possível observar o fenômeno também a partir do viés processual, haja vista que o tema da responsabilidade patrimonial lá repercute de forma direta.

Esta é a razão pela qual o registro imobiliário e a posição do terceiro de boa-fé importam à doutrina processual, sobretudo à execução, cabendo à convergência de normas materiais e processuais estabelecer o tratamento adequado à matéria⁶. Tome-se como exemplo o Enunciado 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual dispõe que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Capítulo 4, item 4.2. [livro eletrônico].

⁶ “A fraude à execução é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva [...]. Por frustrar a atividade executiva, de forma acintosa, é combatida com contundência pelo legislador, que considera a alienação/onerção fraudulenta do bem pelo devedor para terceiro ineficaz para o exequente (CPC, art. 792, § 1º), sem necessidade de ação própria para neutralizar a eficácia do ato fraudulento. O ato fraudulento, embora válido e eficaz para o devedor alienante e terceiro adquirente, não é oponível ao credor exequente; é ineficaz para ele e para a execução (CPC, 792, § 1º), que, ainda assim, pode recair sobre o bem transferido/onerado fraudulentamente. O bem, agora pertencente ao terceiro adquirente, responderá pela execução” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei nº 13.097/2015 e o CPC/2015. *Revista Opin. Jur.*, n. 23, p. 310-330, jul./dez. 2018. p. 312)

É necessária, ainda, uma segunda advertência. Não se pode concluir que em todos os casos o terceiro adquirente de boa-fé ostentará a posição de mero *possuidor* do bem imobiliário sobre o qual recairá a disputa acerca da *titularidade*. Embora sabido que nem toda interação entre o sujeito e a coisa se mantém instrumentalizada pelo título, em muitos casos o conflito acabará por se restringir aos limites da titularidade, propriamente.

De toda forma, a solução jurídica se mostra um tanto quanto complexa quando se põe, lado a lado, o artigo 1.247 do CC (e seu respectivo parágrafo) e o artigo 54 da Lei nº 13.097/2015, sobretudo diante da infinidade de situações concretas que despontam da vida cotidiana. Tais dispositivos legais chegam a aparentar que nem sequer são congruentes e compatíveis entre si⁷, visto que, no primeiro caso, há autorização ao proprietário para que reivindique a propriedade imobiliária, cancelado o registro, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente, e, no segundo caso, há determinação de que não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, bem como há determinação de que os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registrados ou averbados na matrícula do imóvel.

No entanto, ao invés de divergirem, os comandos legais reenviam ao mesmo fio condutor de outrora: à congregação, à concentração⁸ e ao efeito saneador do registro no que tange às diligências necessárias (enquanto externalização da titularidade como conduta obrigacional, derivada de vínculo intersubjetivo) à conservação ou à aspiração deste *estado de titularidade*. A determinação do artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 13.097/2015 não permite outra interpretação.

A diligência que se espera daquele que ostenta boa-fé sempre deverá tender a favor do princípio da concentração, seja como agente que se valerá do acompanhamento dominial

⁷“O art. 1.247, parágrafo único, não conferiu nenhum tratamento privilegiado ao terceiro adquirente de boa-fé, contudo, em face do art. 54, parágrafo único, da Lei 13.097/2015 conclui-se pela mudança de paradigma de nosso sistema. [...] a orientação tomada pela doutrina e jurisprudência pátria pautou-se no entendimento de que o Código Civil absorveu o princípio da presunção de veracidade do registro, com origem no § 891 do BGB, mas não adotou o princípio da fé pública, estampado no § 892” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado: com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. RL-1.178)

⁸ KERN, Marinho Dembinski. Princípio da fé pública registral e princípio da concentração. In: KERN, Marinho Dembinski; COSTA JR., Francisco José de Almeida Prado Ferraz. *Princípios do registro de imóveis brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 2. Cap. 12. [livro eletrônico].

da matrícula do bem para se prover de informações substanciais a respeito da coisa imóvel, seja como agente que buscará implementar averbações e transmissões imobiliárias⁹.

Pelo dispositivo legal acima referido, a matrícula deverá passar a espelhar a situação real do bem imóvel e de seus titulares. Para tanto, valer-se-á da possibilidade de averbação de toda e qualquer ação que possa afetar o bem imóvel registrado (nos termos do artigo 54, incisos I a IV, da Lei nº 13.097/2015)¹⁰. Portanto, na esteira do que se afirma acerca das obrigações adjacentes à titularidade, é relevante compreender a “inoponibilidade” como espécie de decorrência que se atribui ao sujeito do fato registrável, isto é, àquele que aspira à titularidade.

Assim, a proteção do terceiro de boa-fé diante do cancelamento do título de propriedade tem como ponto de partida e como ponto de chegada, ainda e sempre, o registro (ou, melhor dizendo, o espelho registral) da titularidade imobiliária, com suas respectivas anotações, prenotações, averbações e retificações¹¹.

Não se renuncia, com isso, à mobilidade e à dinamicidade adquiridas ao longo do tempo, visto que, por garantirem segurança ao tráfego dominial, o registro valerá como elemento balizador do exercício da autonomia privada, bem como garantirá segurança no exercício de posições jurídicas (inclusive de natureza processual). A fé pública registral é elemento imprescindível dentro desse espectro, atribuindo como norte o estabelecimento de um

⁹ Fala-se quase que em um retorno à inoponibilidade, significando que o “não inscrito” não afeta aquele que tenha obtido o registro em seu favor. Cf. TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 82., p. 15-52, jan./jun. 2017. p. 27-29.

¹⁰ Interessante observar que as tendências advindas das vantagens da publicidade registral originaram a multiplicação de diversos modelos de registro que não somente o imobiliário, como por exemplo o registro da propriedade industrial, realizado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Cf. TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 82., p. 15-52, jan./jun. 2017. p. 21.

¹¹ Em posição divergente: “Apesar dos intensos debates doutrinários provocados pelo tema, o novo Código Civil assumiu posição clara sobre a questão, pois prevalece o direito de propriedade do titular lesado em detrimento do terceiro embasado na *bona fides*. No caso de aquisição a *non domino*, o terceiro de boa-fé poderá excepcionar a regra do art. 1.247, parágrafo único, em duas situações. Uma delas refere-se à decretação da nulidade do negócio jurídico por simulação. Neste caso, a proteção ao terceiro de boa-fé é expressa nos termos do art. 167 § 2º: ‘Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado’. Mesmo que o negócio jurídico seja declarado nulo, a simulação não poderá ser oposta ao terceiro, para fins de reivindicação do bem. A segunda forma concentra-se na exceção de usucapião. O terceiro de boa-fé que adquire o imóvel a título oneroso, com transcrição no registro, poderá suscitar a usucapião ordinária em sua defesa” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado*: com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. RL-1.178. [livro eletrônico].

sistema de proteção acentuada aos direitos daqueles que contratam, adquirem, negociam, dão em garantia etc., confiando na informação contida na publicidade do registro.

Não se pode negar, contudo, que a regra da publicidade e da concentração teria alcance muito distinto caso se tivesse optado por proteger o titular “registral”.

Veja-se o seguinte exemplo. Na cadeia dominial, a titularidade de um imóvel X foi transmitida de A para B, por intermédio de um contrato de compra e venda. Mais adiante, B transmitiu a propriedade do imóvel para C, que procede nos termos da Lei nº 6.015/1973 e promove a transmissão do registro para seu nome. Ocorre que se vem a descobrir que A teve suas assinaturas falsificadas, de modo que foi em juízo requerer a anulação do negócio jurídico, bem como o cancelamento do registro em favor de B. Certamente C terá a sua titularidade impactada pela conduta de A. Então, o conflito se estabelecerá para determinar a prevalência da titularidade de A ou C, a qual se resolveria adotando-se as premissas estabelecidas neste texto, em favor de C.

Situação diversa seria aquela em que C não tivesse levado a cabo o registro de sua posição jurídica como adquirente. O prejuízo advindo da manutenção única e exclusiva do estado de posse do bem, sem que se promovesse o respectivo registro, colocaria o promitente comprador em situação de vulnerabilidade, sendo possível, ainda, que o domínio acabasse sendo transferido em duplicidade, o que resultaria na contraposição de dois terceiros de boa-fé. Neste caso, deverá prevalecer aquele que confiou no sistema de transmissão legal da propriedade e na informação do registro.¹²⁻¹³

Cabe lembrar que nos casos em que se opuser ao cancelamento do título de propriedade a posição do terceiro possuidor de boa-fé, a usucapião tabular, prevista no artigo 214,

¹² “É certo que nosso sistema sublimou o papel da posse, o que pode ser comprovado pela leitura e aplicação das súmulas 84 e 308 do STJ. Isso não permite, todavia, que a posse possa contrapor uma realidade do registro sob pena de comprometer o efeito saneador do registro” (ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Capítulo 4, item 4.4.1.1.)

¹³ “Esta situação corrobora o afirmado que a publicitação dos direitos é, essencialmente, um ônus ao legitimado, podendo fazer uso ou não da publicidade, embora deva ter a plena consciência que em não fazendo, seu direito não será oponível e, conseqüentemente, restará afastado dos benefícios que a publicidade registral imobiliária concede ao titular registral, pois embora tenha como finalidade a tutela precípua da segurança jurídica do comércio, não deixa de ser um importante instrumento para a segurança estática dos direitos. Vale destacar, utilizar ou não a publicidade registral é uma faculdade do legitimado, mas para que se obtenham efeitos substantivos e a tutela registral o registro é, nesse ponto, obrigatório. Por derradeiro, não há problema em não se registrar, problema há em se acreditar que esta situação estará juridicamente protegida ou, pior, problema há quando efetivamente se protege uma situação não inscrita frente a uma situação devidamente inscrita” (TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 82, p. 15-52, jan./jun. 2017. p. 48.)

parágrafo 5º, da Lei nº 6.015/1973 poderá servir para consolidar a favor do possuidor a aquisição originária da titulação do bem, sem que se aproveite a nulidade a favor do “antigo” titular¹⁴.

3 Considerações finais

O tráfego imobiliário requer segurança e estabilidade. Ainda que não se vislumbre a recepção de um modelo registral tabular, o exercício das titularidades, enquanto regime jurídico intersubjetivo e obrigacional, reclama o acréscimo de condutas integradas pela boa-fé, a fim de que se implementem condutas que garantam a cognoscibilidade acerca da situação das coisas, das pessoas e de seus eventuais gravames e restrições.

Isso significa que o atributo da estabilidade não deve ser levado a se opor ao resgate de sua vocação pela dinamicidade, visto que a concentração de atos, anotações, prenotações, averbações e afins, no registro, mais especificamente, na matrícula do imóvel, possui o escopo de suavizar as assimetrias quanto aos enfeixos dominiais, no tempo e no espaço, revelando, a partir do artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 13.097/2015, um tratamento jurídico em favor daquele que atuou conforme a boa-fé registral, excetuadas as hipóteses em que este mesmo tenha se valido de sua própria omissão.

4 Referências

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. [livro eletrônico].

ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. Registro de imóveis eletrônico e governança fundiária. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 81, p. 215-233, jul./dez. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. O princípio da concentração da matrícula e a fraude à execução: um diálogo entre a Lei nº 13.097/2015 e o CPC/2015. *Revista Opin. Jur.*, n. 23, p. 310-330, jul./dez. 2018.

KERN, Marinho Dembinski. Princípio da fé pública registral e princípio da concentração. In: KERN, Marinho Dembinski; COSTA JR., Francisco José de Almeida Prado Ferraz. *Princípios*

¹⁴ A *Ratio* está igualmente presente na redação do Enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao determinar ser admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro. Cf. ARAÚJO, Fábio Caldas de. *O terceiro de boa-fé: proteção na aquisição de bens móveis e imóveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Capítulo 6, item 6.6.)

do registro de imóveis brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 2. [livro eletrônico].

MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 125-142, jan./jun. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado: com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

REMEDIO, Antonio; AGUIAR, Marcos Vinícius Pacheco. A Lei n.º 13.097/2015 e a efetivação do princípio da concentração no registro de imóveis. *Revista Direito & Paz*, n. 37, p. 4-25, 2017.

REZENDE, Raquel Vieira Abrão. A sistemática registral imobiliária sob a perspectiva do princípio da publicidade registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 81, p. 101-132, jul./dez. 2016.

SCHREIBER, Anderson et al. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORRES, Marcelo Krug Fachin. Ônus e dever de publicizar à luz da boa-fé registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 82., p. 15-52, jan./jun. 2017.

ANEXO – Enunciados normativos mencionados no texto

Código Civil brasileiro de 2002

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1.º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2.º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

Lei n.º 6.015/1973

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)

Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, " *inter vivos*" ou " *mortis causa*" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Art. 182. Todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da seqüência rigorosa de sua apresentação.

Art. 193. O registro será feito pela simples exibição do título, sem dependência de extratos.

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:

I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:

- a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título;
- b) indicação ou atualização de confrontação;
- c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial;
- d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais;
- e) alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro;
- f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação;
- g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas;

II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes.

Art. 214 - As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.

§ 5º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.

Lei n.º 13.097/2015

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm)

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em

que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

O princípio da congruência e as decisões extra petita nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa

Mariana Fernandes Beliqui

Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Geras (PUC-Minas). Advogada e consultora jurídica. E-mail: mariana@cjar.com.br.

Flávio Cheim Jorge

Professor Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (Graduação e Mestrado). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. E-mail: flavio@cjar.com.br.

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações iniciais sobre as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e a Lei Federal nº 8.429/92; 3. Descrição dos fatos, pedido e causa de pedir; 4. O princípio da congruência (ou adstrição) e sua aplicação nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa; 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 6. Conclusões; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Apesar da Lei Federal nº. 8.429/92 estar em plena vigência há quase duas décadas¹, muitas particularidades relacionadas ao julgamento das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa ainda não foram pacificadas pela doutrina e jurisprudência e merecem uma análise crítica a respeito.

Um dos pontos mais sensíveis, sem dúvidas, diz respeito à clara descrição dos fatos que serão objeto de instrução probatória e sobre os quais o Poder Judiciário se debruçará para concluir se o agente público praticou ou não ato de improbidade administrativa.

Na oportunidade, busca-se refletir sobre essa problemática: (i) a vinculação do julgamento de mérito aos fatos expressamente narrados, à causa de pedir e ao pedido trazidos na petição inicial e, por conseguinte, (ii) a observância do princípio da congruência em ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

¹ Atualmente, tramita no Senado o Projeto de Lei nº 10.887/2018 que revisa a Lei de Improbidade Administrativa.

2. Considerações iniciais sobre as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e a Lei Federal nº 8.429/92

O conceito de probidade administrativa, apesar de não constar expressamente no ordenamento jurídico pátrio, necessariamente perpassa pelo comportamento esperado do agente público (em sentido *lato*) à luz dos princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

O parágrafo quarto do dispositivo constitucional estabelece sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem os chamados atos de improbidade administrativa: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário. Já o parágrafo seguinte prevê a fixação por lei específica dos prazos prescricionais relacionados à matéria.

E assim, coube à Lei Federal nº. 8.429/92 classificar as espécies de atos ímprobos praticados por agentes públicos contra a Administração, separando-os entre atos que (i) importam enriquecimento ilícito; (ii) causam prejuízos ao erário; ou (iii) atentem contra os princípios da Administração Pública.

A legislação específica estabelece ainda que a ação judicial proposta para apuração da prática de ato de improbidade administrativa seguirá o rito ordinário² (art. 17) e observará disposições processuais muito peculiares, uma vez que se trata de um “*microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública*” (REsp 401.964/RO) que, no que for compatível, observará as regras previstas do Código de Processo Civil (art. 19 da Lei Federal nº. 7.347/1985).

3. Descrição dos fatos, causa de pedir e pedido

Pois bem. De acordo com a legislação processual civil (art. 319, III do CPC), a petição inicial deve expor “***os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido***”, do que decorre que para cada pedido formulado deve corresponder uma causa de pedir (fática e jurídica) além, é claro, do próprio pedido (inc. IV do mesmo dispositivo processual).

A delimitação do objeto da demanda através da causa de pedir é de curial importância, pois é a garantia básica da obediência ao princípio do contraditório, como ensina Junior Alexandre Moreira Pinto em obra coordenada por Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque:³

² Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

³ PINTO, Junior Alexandre Moreira. Coord.: MARINONI, Luiz Guilherme e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *A causa petendi e o contraditório*. RT: São Paulo, 2007, p. 55-56.

“(...) o primordial escopo da causa de pedir na demanda é a efetividade do contraditório.

(...) Para que reste assegurado ao réu a garantia do contraditório, resulta evidente que deva ele conhecer, no âmbito objetivo da demanda, o fato constitutivo do direito deduzido pelo autor”.

Destarte, é sobre ***os fatos e fundamentos*** trazidos pelo autor na petição que as partes instruem o processo, é que a demanda se estabiliza. É a partir deles que o réu da ação civil pública por ato de improbidade administrativa buscará desconstituir as alegações autorais sobre a presença ou não dos elementos objetivo (ilegalidade/irregularidade - tipicidade) e subjetivo (dolo/culpa grave - a depender do dispositivo da Lei Federal nº. 8.429/92 que a conduta se enquadrar), já que sobre nenhum outro fato foi requerida a análise do Poder Judiciário.

Logo, é manifestamente ilícita a condenação imposta ao réu baseada ***em fatos que não compunham a causa de pedir exposta na exordial***, cuja improcedência nunca teve a oportunidade de demonstrar por não ter sido objeto de discussão, consistindo em nítido ***juízo extra petita***.

Essa conclusão pode ser alcançada a partir da própria Lei Federal nº. 8.429/92, que determina que as ações que apuram a prática de ato improbidade administrativa serão submetidas ao rito ordinário, o que atrai a aplicação do Código de Processo Civil.

E de acordo com a legislação o processual civil a causa de pedir ou o pedido somente poderão ser alterados pelo autor antes da citação do réu. Após, depende do consentimento do demandado (art. 329, I e II do CPC).

Sobre a vinculação do julgamento à causa de pedir, imposta pelo referido dispositivo, esclarece José Roberto Cruz E Tucci que:⁴

“As ações se identificam pela causa de pedir, pelas partes e pelo pedido. Não é lícito à parte alterar a *causa petendi*, nem ao juiz julgar procedente a ação por fundamento diverso daquele deduzido pelo autor”.

Por tal razão, aplicando-se à ação de improbidade administrativa as disposições do Código de Processo Civil, está o juiz vinculado aos fatos expressamente narrados e

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*, RT: São Paulo, 1993, p. 162 e 164.

individualizados pelo autor na inicial princípio da congruência e, portanto, é *extra petita* e nula a decisão de mérito que julga procedente o pedido com base em causa de pedir fática não veiculada na exordial.

4. O princípio da congruência (ou adstrição) e sua aplicação nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa

A importância do respeito ao princípio da congruência no julgamento das ações por ato de improbidade administrativa está intimamente relacionada à própria essencialidade da atividade jurisdicional.

A prestação jurisdicional, como se sabe, é caracterizada pela inércia e pela imparcialidade do juiz. O Estado-Juiz, portanto, somente julga quando provocado e, mais que isso, apenas nos limites em que a lide foi proposta, não lhe sendo permitido simplesmente inovar no momento do julgamento da demanda.

Da inércia jurisdicional se destacam (i) o princípio dispositivo⁵, (ii) o princípio da demanda⁶, e, no que interessa ao tema apresentado, (iii) o princípio da congruência.

O princípio da congruência, sobre o qual se propõe a reflexão, consiste na limitação à atuação do julgador aos contornos definidos pelas partes na causa de pedir⁷ e nos respectivos pedidos⁸ e está intimamente relacionado aos corolários constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

No Código de Processo Civil, o dever de adstrição do julgador pode ser identificado especialmente nos artigos 141 e 492 que preveem, respectivamente, (i) que o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas e que por lei se exige iniciativa da parte e (ii) que não é

⁵ Pelo princípio dispositivo o juiz tem o dever de julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo defeso buscar fatos não arguidos e cujo a prova as partes não postularam.

⁶ Na lição de Humberto Theodoro Júnior (p. 195 – 204), o princípio da demanda no fato de caber apenas à parte o “*poder de abrir o processo*”, “*de sorte que não há instauração de processo pelo juiz ex officio*”.

⁷ Nas palavras de Otávio Augusto Dal Molin Domit (p. 247) a causa de pedir é a “razão de estar em juízo, o fundamento pelo qual almeja determinado bem da vida perante o adversário, o motivo para pedir o que pede - é traço presente no direito brasileiro desde os primórdios”. A doutrina usualmente conceitua e distingue a causa de pedir próxima como os fundamentos jurídicos que justificam o pedido e a causa de pedir remota, que seriam os fatos constitutivos. Nas palavras de Milton de Paulo Carvalho (p.81): “A causa petendi terá sido, necessariamente, um fato, ou um conjunto de fatos que se subsumem na descrição hipotética para a qual o ordenamento prevê determinado efeito. Fato e previsão de efeito jurídico são os componentes da causa de pedir”.

⁸ O pedido, na visão de Milton Paulo de Carvalho (p.97) é “o conteúdo da demanda, a pretensão processual, o objeto litigioso do processo, o mérito da causa. É o anseio, a aspiração do demandante, de que para aquela parcela da realidade social por ele trazida na demanda e que lhe está sendo prejudicial, seja dada a solução conforme ao direito segundo o seu modo de entender”.

permitido ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bom como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

O princípio da congruência busca, assim, evitar “decisões surpresas”, *ultra petitas*, *contra petitas* ou *extra petitas*⁹, violadoras dos artigos 9º e 10 do CPC¹⁰.

Acontece que, no âmbito das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, percebe-se certa tolerância a inovações no momento do julgamento de mérito dessas demandas.

Com base na máxima da *iura novit curia* (“o juiz conhece o direito”), não é incomum se deparar com mudanças na capitulação dos atos tidos como ímprobos, mas que na realidade representam inovação fática sobre a qual as partes não se dedicaram na fase de instrução probatória.

Sem se imiscuir na jurisprudência criticável do Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de alteração da capitulação das condutas descritas na petição inicial e, conseqüentemente, das sanções impostas aos condenados pela prática de atos de improbidade (REsp 1171160/SC), fato é que baseada nessa tolerância na alteração da capitulação e nos pedidos, tem se observado, com preocupante frequência, decisões judiciais baseadas em fatos não alegados inicialmente pela parte autora.

Na prática, ao decidir com base em fato não alegado na petição inicial há violação expressa ao princípio da congruência incorporado nos dispositivos do Código de Processo Civil que conferem estabilidade à demanda e garantem o contraditório e à ampla defesa.

Com efeito, a viabilidade do juiz decidir a causa com base em preceito normativo não invocado pelas partes ou diferente do invocado (*iura novit curia*) “tem como pressuposto necessário a manutenção dos demais termos da demanda, mormente no que se refere ao pedido e à causa de pedir deduzidos na inicial”¹¹.

No contexto das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa (cujas graves sanções previstas na Lei nº 8.429/92 têm o condão de afetar a vida pessoal e profissional do agente público condenado), a jurisprudência perigosamente caminha para firmar posição sobre a possibilidade de mitigação do princípio da congruência,

⁹ Ultra petita é a decisão em que o julgador vai além do pedido do autor. Contra petita é a decisão que não examina em toda a sua amplitude o pedido formulado na inicial (com a sua fundamentação) ou a defesa do réu. A decisão extra petita, por seu turno, é a defere a prestação pedida com base em fundamento não invocado.

¹⁰ A não observância da causa de pedir e do pedido inicialmente deduzidos redundam em decisão com base em fundamento a respeito do qual a parte sequer teve possibilidade de se manifestar.

¹¹ STJ - REsp 1.153.656/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, DJe 18/05/2011.

muitas vezes confundindo a causa de pedir e com o enquadramento desses fatos constitutivos e o próprio pedido.

Por isso, a relativização desse princípio, fundada em suposta interpretação lógico-sistemática da petição inicial e do pedido merece muitas ressalvas, pois dá margem à prolação de decisões de mérito que promovem verdadeira inovação fática, o que não pode ser admitido!

5. A jurisprudência do Superior Tribunal De Justiça

Em prol do louvável combate à atuação ímproba de agentes públicos, tem-se percebido uma máxima de que “os fins justificam os meios” e com isso, os Tribunais pátrios têm relativizado de forma indiscriminada a incidência do princípio da correlação no julgamento das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, sem se atentar, muitas vezes, se o caso se trata de mera alteração do enquadramento jurídico dado aos fatos inicialmente narrados ou em inovação fática para além do direito deduzido pelo autor.

Os julgados nesse sentido se pautam, em suma, na alegação de que essas ações tutelam interesses da própria sociedade (proteção ao patrimônio público e aos princípios regentes da Administração Pública) e que, por isso, seria justificável relativizar os institutos de direito processual civil afetos à inércia jurisdicional, à estabilização das demandas, à ampla defesa e contraditório e, finalmente, ao princípio da correlação (AgInt no REsp 1628455/ES).

Ocorre que, por mais nobre que sejam os argumentos lançados para justificar a mitigação do princípio em voga, não se pode descuidar severo caráter sancionador das ações de improbidade administrativa, apto a atingir a esfera patrimonial e do réu. Por isso a garantia plena ao exercício do contraditório e da ampla defesa não deve ser negociável.

E nesse sentido ainda sobrevivem pronunciamentos judiciais que analisam minuciosamente o caso concreto e, com propriedade, reconhecem a nulidade das decisões que, sob o fundamento de mera alteração de capitulação, condenam o réu pela prática de ato ímprobo que sequer constou expressamente na petição inicial (AgInt no REsp 1291549/DF e REsp 113656/DF).

6. Conclusões

A relevância das ações judiciais voltadas à apuração de prática de atos de improbidade administrativa e punição dos agentes públicos ímprobos no combate à corrupção no Brasil é indiscutível.

De outra banda, a singularidade no seu processamento e a importância dos interesses por elas tutelados no julgamento dessas ações, sem dúvidas, não podem dar azo a arbitrariedades e a mitigação de princípios constitucionais basilares do Direito Processual Civil pátrio.

Nesse contexto, é preciso refletir sobre a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguida de perto pelos demais Tribunais a respeito do que se tem chamado de “mitigação do princípio da congruência” nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

A não descrição individualizada e expressa dos fatos objeto na petição inicial dessas demandas, somada ao entendimento de que pode o julgador, de ofício, alterar a capitulação do ato considerado ímprobo (alterando muitas vezes a causa de pedir remota e o pedido autoral), podem conduzir a situações arbitrárias e violadoras do direito de defesa dos acusados.

Esse entendimento jurisprudencial, portanto, merece ser revistado e analisado de forma crítica, pois não se pode perder de vista que, se de um lado as ações de improbidade administrativa buscam proteger o interesse público, por outro, possuem severo caráter repressivo, prestando-se a aplicar duras sanções de natureza pessoal aos que eventualmente têm suas condutas enquadradas nos dispositivos da Lei Federal nº 9.429/92¹².

7. Referências Bibliográficas

ARENHART, Sergio Cruz. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luis Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2013.

CARACIOLA, Andrea Boari. **Princípio da Congruência no Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: LTR Editora, 2010.

CARVALHO, Milton Paulo de. **O pedido no processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

¹² O artigo 12 da Lei n. 8.429/92 prevê sanções que variam da suspensão dos direitos políticos, da perda da função pública, da proibição do direito de licitar e contratar com a Administração Pública (sanções que afetam a esfera pessoal e profissional dos agentes públicos), até o perdimento de bens/ressarcimento ao erário e a multa civil (penalidades que adentram na esfera patrimonial dos condenados).

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOMIT, Otávio Augusto DAL Molin, **Iuara novit curia e causa de pedir: o direito e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. 1. ed. São Paulo: Método. 2006.

LEYSER, Maria Fátima Vaqueiro Ramalho. **Aspectos Processuais da Ação Civil Pública**. Tese de Doutorado - PUC/SP, São Paulo, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol II.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**, São Paulo: Saraiva, 2004.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. Coord.: MARINONI, Luiz Guilherme e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A causa petendi e o contraditório**. RT: São Paulo, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e a Ação de Improbidade Administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Estabilização da demanda no novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 244/2015, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Causa Petendi no Processo Civil**, RT: São Paulo, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do iura novit curia**, in MITIDIERO, Daniel e AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.), **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor CARLOS Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

Os cargos em comissão e as funções de confiança

Evandro de Castro Bastos

Professor Adjunto/Direito Administrativo da UFES (Universidade Federal do Espírito Santo)

O objetivo do presente texto é contribuir com uma análise constitucional dos parâmetros estabelecidos pela Constituição da República sobre o tema cargos em comissão e as funções de confiança.

Cumprindo, inicialmente, esclarecer que a Carta Republicana (Constituição Federal de 1988)¹, no seu artigo 37, V, redação originária, já dizia que os cargos em comissão, deveriam *preferencialmente* ser preenchidos por servidores do quadro, portanto, servidores efetivos. Infelizmente e também por culpa de uma má doutrina jurídica que apregouou que o comando constitucional não era impositivo, tal preceito acabou por não ser corretamente aplicado.

Conforme ensina a melhor doutrina, Márcio Cammarosano in Provimento de Cargos Públicos² no Direito Brasileiro e Lúcia Valle Figueiredo in Curso de Direito Administrativo³, os cargos para ser em comissão, têm que preencher os requisitos para tal. Explicitaremos abaixo quais são esses requisitos.

A Emenda Constitucional nº. 19/98, a chamada Emenda da Reforma Administrativa, alterou a redação do art. 37, inciso V, da Constituição Nacional aprimorando-a. Passou o Texto Constitucional a prescrever, expressamente, que os cargos em comissão e as funções de confiança somente poderiam ser criadas para as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Portanto, a partir de junho de 1998 (mês que entrou em vigor a EC 19) não mais poderiam ser criados cargos em comissão sem a estrita observância do novel comando constitucional. Abolida, estava, pois, agora de modo explícito e expresso, a banalização dos cargos em comissão.

Assim, passamos a ter um primeiro parâmetro, qual seja, tanto os cargos em comissão, quanto as funções de confiança, somente seriam passíveis de criação, sempre por lei, por mandamento do princípio da legalidade (art.37, *caput*, para as atribuições de direção, chefia e assessoramento).

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

² Cammarosano, Márcio. Provimento de cargos públicos no direito brasileiro. 1982. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1982.

³ Figueiredo, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo : Malheiros, 2008.

Cabe, aqui, dizer quais seriam, numa organização pública, as atribuições de direção, chefia e assessoramento. Citem-se, a título de exemplos, os cargos de Ministro, de Secretário de Estado e Secretário Municipal (que são cargos de direção – direção do órgão público). Na mesma toada, os cargos de Chefes de Gabinete (chefias). Os cargos de assessoramento seriam os assessores diretos do Chefe do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Há, em algumas instituições públicas, a figura jurídica do Assessor Jurídico do Gabinete do Governador ou Assessor de Assuntos Econômicos, etc.

Pelo mesmo preceito constitucional, art. 37, V, os cargos em comissão seriam passíveis de preenchimento, num percentual a ser estabelecido em lei (lei de cada ente político), por profissionais de fora dos quadros da instituição que deseja o provimento dos cargos. Frise-se que a regra é o preenchimento dos cargos por concurso público (princípio da acessibilidade aos cargos públicos) e, somente um pequeno percentual pode fugir desta regra. É regra de hermenêutica jurídica (intelecção das normas) que as exceções têm de ser interpretadas restritivamente.

Portanto, na atividade pública, poderíamos, de antemão, para efeito didático e melhor compreensão (os números aqui mencionados são aproximados), fixar que de 100% (cem por cento) dos cargos públicos, 98%, noventa e oito por cento dos cargos, seriam preenchidos exclusivamente por servidores do quadro do respectivo ente político ou público. Os restantes 2% (dois por cento) seriam passíveis de preenchimento por profissionais de fora da instituição. No caso da União esse percentual abarcaria um número absoluto ainda bastante expressivo (de um total de 500.000 – quinhentos mil servidores em atividade – 10.000 – dez mil - poderia ser de fora do respectivo órgão público). Voltando ao percentual de 98% (noventa e oito por cento) dos servidores concursados/efetivos podemos fixar com base nas balizas constitucionais, que desses noventa e oito por cento, 01% (um por cento) seriam cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira do respectivo órgão público – não pode ser de outro órgão público, sob pena de flagrante afronta à Constituição e, cabe ressaltar, inobservância dos princípios regentes da Administração Pública caracteriza improbidade administrativa, nos termos da Lei 8429/92 – tudo a teor do que dispõe o inciso V, do art. 37 da CRFB "...e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei,..."

Desses 97% (noventa e sete por cento) restantes, todos do quadro do respectivo órgão público, 7% (sete por cento) poderiam ocupar, além dos seus respectivos cargos, funções de confiança (função gratificada). Na União tal percentual equivaleria a 35.000 (trinta e cinco mil funções de confiança), no ES equivaleria a 3.500 (três mil e

quinhentas funções de confiança) e em Vitória a 700 (setecentas funções de confiança/funções gratificadas).

É necessário, neste momento, explicarmos a distinção constitucional dos cargos em comissão e das funções de confiança.

Os cargos em comissão são aqueles em que o exercício do cargo demanda uma atuação exclusiva de suas atribuições. É o caso, por exemplo, do cargo de Diretor Presidente do IESP (Instituto Estadual de Saúde Pública). O exercício do aludido cargo demanda uma dedicação exclusiva ao seu exercício. Neste caso, ainda que fosse um médico do quadro do Estado designado, o cargo é em comissão. Já o exercício da função de confiança não demanda dedicação exclusiva. Explico. O designado para exercer a função de confiança será um servidor do quadro da respectiva instituição pública que continuará a exercer as atribuições do seu cargo (efetivo) mais as atribuições da sua função de confiança (função gratificada).

Esse é o regramento constitucional posto no ordenamento jurídico brasileiro desde junho de 1998 (EC 19/98). Infelizmente, até o momento, desconheço órgão público que tenha efetivamente cumprido o comando constitucional.

Cabe ao Ministério Público, principalmente, com a instauração de inquéritos civis, celebração de termos de ajustamento de conduta, ajuizamento de ações, etc, fiscalizar efetivamente os órgãos públicos (todos eles, Executivo, Legislativo, Judiciário, os Tribunais de Contas, o próprio MP) e a todos nós, em geral, sermos vigilantes fiscais. Quem sabe, assim procedendo todos os partícipes da construção de uma nova sociedade, finalmente teremos uma burocracia estatal profissionalizada, apregoada por Max Weber⁴ e, também eficiente, como exige o mundo moderno.

Referências bibliográficas

BASTOS, Evandro de Castro; JÚNIOR BORGES, Odilon (coord). O regime estatutário, a fiscalização da coisa pública e as pedras de toque do regime jurídico-administrativo. In: *Novos rumos da autonomia municipal*. São Paulo, Max Limonad, 2000.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimentos de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1984.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

WEBER, Max. A burocracia. In: *Ensaios de sociologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

⁴ WEBER, Max. A burocracia. In: *Ensaios de sociologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.



ISBN: 978-65-00-28577-2

CRL



9 786500 285772